



UNIVERSIDADE DA CORUÑA
FACULTADE DE DEREITO
DEPARTAMENTO DE DEREITO PRIVADO

EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO EN LA
RESPONSABILIDAD CIVIL
EXTRA CONTRACTUAL

Marta María Naveira Zarra

2004



**UNIVERSIDADE DA CORUÑA
FACULTADE DE DEREITO
DEPARTAMENTO DE DEREITO PRIVADO**

**EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO EN LA
RESPONSABILIDAD CIVIL
EXTRA CONTRACTUAL**

Maita María Naveira Zarra

2004

ÍNDICE

ABREVIATURAS UTILIZADAS.....	1
INTRODUCCIÓN.....	3

CAPÍTULO I. CONCEPTO Y REQUISITOS DEL DAÑO RESARCIBLE

I. EL DAÑO COMO FENÓMENO MATERIAL.....	11
II. EL DAÑO EN SENTIDO JURÍDICO.....	12
1. IDEAS PRELIMINARES.....	12
2. EL DAÑO COMO EFECTO DEL COMPORTAMIENTO ILÍCITO. SUS REQUISITOS.....	12
2.1. Lesión de un interés humano.....	15
2.2. Imputabilidad.....	17
2.3. Antijuridicidad.....	19
2.4. Certeza.....	22
2.4.1. Certeza en torno a su existencia.....	23
2.4.2. Certeza en torno a su cuantía.....	25
2.5. Prueba del daño.....	32
3. EL DAÑO COMO OBJETO DE LA REPARACIÓN.....	35
3.1. Teoría de la diferencia.....	35
3.2. Concepción objetiva del daño.....	40
3.3. Concepción subjetiva o real-concreta.....	42
III. SIGNIFICADO DE LOS TÉRMINOS «DAÑO» Y «PERJUICIO».....	45

CAPÍTULO II. CLASES DE DAÑOS RESARCIBLES

I. DAÑOS PATRIMONIALES Y NO PATRIMONIALES.....	51
1. RELEVANCIA DE LA DISTINCIÓN.....	51
2. DISTINCIÓN ENTRE DAÑOS PATRIMONIALES Y DAÑOS NO PATRIMONIALES.....	53
2.1. Daños patrimoniales.....	56
2.1.1. Las partidas integrantes del daño patrimonial:	
daño emergente y lucro cesante.....	56
A) Delimitación.....	58
B) Determinación de su existencia.....	61
C) La denominada «pérdida de oportunidades».....	64
D) El lucro cesante y las «pérdidas de oportunidades» en la jurisprudencia.....	68
2.2. Daños no patrimoniales.....	73
2.2.1. Delimitación de su concepto.....	74
2.2.1.1. Crítica a la distinción entre daños morales y daños corporales en el seno de la categoría de los perjuicios no patrimoniales.....	80
2.2.1.2. La concepción del daño no patrimonial acogida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.....	87
2.2.2. Evolución histórica.....	90
A) Del Derecho romano al Código Civil de 1889.....	91
B) Objeciones a la reparación pecuniaria de los daños morales.....	99
2.2.3. Evolución jurisprudencial.....	105
2.2.4. Consideración especial del daño moral derivado de la privación de la propia vida.....	111
A) Derecho de reparación del daño moral causado por la muerte al propio fallecido. Análisis de la posibilidad de transmisión <i>mortis causa</i> del derecho de la víctima inmediata. Opiniones doctrinales.....	112
B) La cuestión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.....	129

a) La postura adoptada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.....	130
b) Evolución operada en la doctrina de la Sala Segunda.....	132
C) Nuestra conclusión.....	135
II. DAÑOS PRESENTES Y FUTUROS.....	140
III. DAÑOS DIRECTOS E INDIRECTOS.....	144
1. DAÑOS PATRIMONIALES «PAR RICOCHET».....	147
2. DAÑOS MORALES «PAR RICOCHET».....	148
2.1. Daños morales indirectos o mediatos derivados de la muerte de la víctima inicial.....	148
2.2. Daños morales indirectos o mediatos derivados de las lesiones sufridas por la víctima inicial.....	151
3. LA CUESTIÓN DE LA PRETENDIDA AUTONOMÍA DE LOS DAÑOS INDIRECTOS FRENTE A LOS DIRECTOS O INMEDIATOS.....	152

CAPÍTULO III. PRINCIPIOS GENERALES DE LA REPARACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

I. LA OBLIGACIÓN DE REPARAR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS COMO EFECTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....	159
II. PRINCIPIOS RECTORES DEL RESARCIMIENTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS.....	161
1. EL PRINCIPIO DE LA REPARACIÓN INTEGRAL.....	161
2. EL PRINCIPIO DE LA APRECIACIÓN SUBJETIVA O CONCRETA DE LA MEDIDA DE LA REPARACIÓN.....	172
3. EL MOMENTO DE LA VALORACIÓN DEL DAÑO RESARCIBLE....	177
3.1. Variaciones intrínsecas.....	179
3.2. Variaciones extrínsecas.....	183
3.3. Consecuencias del principio.....	186
3.4. Excepciones al principio.....	187
4. EL PRINCIPIO PROCESAL DE CONGRUENCIA COMO LÍMITE	

A LA MEDIDA DE LA REPARACIÓN.....	191
 CAPÍTULO IV. FORMAS DE REPARACIÓN	
I. FORMAS DE RESARCIMIENTO O REPARACIÓN.....	195
1. REPARACIÓN POR EQUIVALENTE.....	196
1.1. Concepto, naturaleza y función.....	196
1.2. Ventajas.....	204
1.3. Formas que puede adoptar la reparación por equivalente.....	206
2. REPARACIÓN EN FORMA ESPECÍFICA O <i>IN NATURA</i>	208
2.1. Origen histórico.....	208
2.2. Concepto, naturaleza y función.....	210
2.3. Inconvenientes o desventajas.....	217
2.4. Excepciones o límites a la reparación en forma específica.....	220
2.4.1. Imposibilidad.....	221
2.4.2. Excesiva onerosidad.....	224
2.4.3. Insuficiencia.....	229
2.5. Posibles formas de la reparación <i>in natura</i>	230
2.5.1. La reparación material del bien dañado.....	230
2.5.2. Sustitución de cosa vieja por cosa nueva y reparaciones que suponen alguna mejora en el objeto dañado.....	231
A) Sustitución de cosa vieja (usada) por cosa nueva.....	232
B) Introducción de mejoras en el bien dañado mediante la sustitución de piezas usadas por piezas nuevas.....	234
2.5.3. La publicación o difusión de la sentencia de condena y el derecho de rectificación.....	236
II. LA FACULTAD DE ELECCIÓN DE LA FORMA DE REPARACIÓN.....	239
1. LAS DIVERSAS SOLUCIONES.....	239
1.1. Preferencia general de la reparación <i>in natura</i> y consiguiente facultad de elección de ésta a favor del perjudicado y del responsable.....	239
1.2. Atribución de la facultad de elección al perjudicado.....	241
1.3. Elección por parte del juez.....	243

2. LA SOLUCIÓN QUE DEBE ACOGERSE EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.....	246
III. POSICIÓN QUE OCUPAN LOS DISTINTOS MODOS DE REPARACIÓN: RELACIÓN DE JERARQUÍA O RELACIÓN DE IGUALDAD.....	251
1. LAS SOLUCIONES ADOPTADAS EN NUESTRO ENTORNO JURÍDICO.....	252
2. SOLUCIÓN QUE DEBE ACOGERSE EN ESPAÑA.....	255

CAPÍTULO V. POSIBLES FUNCIONES DE LA REPARACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

I. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA.....	263
II. EL COMETIDO DE LA FUNCIÓN REPARADORA.....	266
III. LA PRETENDIDA FINALIDAD PREVENTIVA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....	267
IV. EL PROBLEMA DE LA FINALIDAD PUNITIVA.....	275
1. SOBRE LA POSIBLE APLICACIÓN DEL ART. 1107 DEL CC AL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL.....	277
2. EXAMEN DE OTRAS POSIBLES MANIFESTACIONES PUNITIVAS DE LA RESPONSABILIDAD AQUILIANA.....	284
2.1. La toma en consideración del grado de culpa del responsable.....	285
2.2. El criterio del beneficio obtenido por el dañador.....	288
V. UN CASO ESPECIAL EN LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS NO PATRIMONIALES: LAS INDEMNIZACIONES SIMBÓLICAS.....	295
VI. DAÑOS PATRIMONIALES: UN NUEVO EXAMEN DE LA CUESTIÓN TRAS LA PROMULGACIÓN DE LA LEY DE MARCAS DE 17 DE DICIEMBRE DE 2001.....	304
1. LA PRESUNCIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE UN DAÑO MÍNIMO (ART. 43.5 LM).....	304

2. LAS INDEMNIZACIONES COERCITIVAS (ART. 44 LM).....	307
3. REFLEXIÓN FINAL EN TORNO A LA TRASCENDENCIA DE LA LEY DE MARCAS EN EL ANÁLISIS FUNCIONAL DEL DERECHO DE DAÑOS.....	315
CONCLUSIONES.....	319
BIBLIOGRAFÍA.....	331

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AA.VV. = Autores varios

ADC = Anuario de Derecho Civil

AP = Audiencia Provincial

AC = Aranzadi Civil

BGB = Bürgerliches Gesetzbuch

CC = Código Civil

CCFr. = Código Civil francés

CCIt. = Código Civil italiano

CCPor. = Código Civil portugués

CCJC = Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil

CE = Constitución Española

CP = Código Penal

CPIt. = Código Penal Italiano

D. = Recueil Dalloz-Sirey

D. 1979, jur., pág. 114 = Recueil Dalloz-Sirey año, parte «jurisprudence», página

D.H. = Recueil hebdomadaire Dalloz

Enc. Dir = Enciclopedia del Diritto

F.J. = Fundamento Jurídico

Gaz. Pal. = Gazette du Palais

JPI = Juzgado de Primera Instancia

JUR = Jurisprudencia Aranzadi Westlaw

LDC = Ley de Defensa de la Competencia

LEC = Ley de Enjuiciamiento Civil

LM = Ley de Marcas

LO = Ley Orgánica

LOPJ = Ley Orgánica del Poder Judicial

LP = Ley de Patentes

NGCC = La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata

Nov. Dig. It. = Novissimo Digesto Italiano

PJ = Poder Judicial

RAP = Revista de Administración Pública

R.D. = Real Decreto

RDN = Revista de Derecho Notarial

RDP = Revista de Derecho Privado

Rép. Civ. Dalloz = Répertoire de Droit Civil Dalloz

RES = Revista Española de Seguros

Rev. Trim. Dr. Civ. = Revue Trimestrielle de Droit Civil

RGD = Revista General del Derecho

RGLJ = Revista General de Legislación y Jurisprudencia

Riv. Crit. Dir. Priv. = Rivista Critica del Diritto Privato

Riv. Dir. Civ. = Rivista di Diritto Civile

Riv. Dir. Comm. = Rivista del Diritto Commerciale

Riv. Dir. Priv. = Rivista di Diritto Privato

Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile

RJ = Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi

SAP = Sentencia de la Audiencia Provincial

STC = Sentencia del Tribunal Constitucional

STS = Sentencia del Tribunal Supremo

TS = Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN

No cabe duda que la responsabilidad civil extracontractual se configura como uno de los sectores del Derecho Civil que más producción científica ha generado a lo largo de los siglos, porque, pese a ser un legado que ha llegado hasta nuestros días desde su inicial formulación en el Derecho romano, lejos de considerarse agotado en los términos de su inicial formulación, ha experimentado continuas y profundas evoluciones, que la han situado en el punto de mira del análisis doctrinal y jurisprudencial llevado a cabo en los distintos momentos históricos.

Tales evoluciones fueron determinantes de cambios o transformaciones en el seno de los distintos presupuestos de la institución, entre ellos, el presupuesto daño, el cual se configura, no como un presupuesto más de la responsabilidad civil, sino como su presupuesto central, como *“la constante vital del sistema”*¹, o, en otras palabras, como *“el elemento esencial que ha de estar presente en todo caso, para que, la acción u omisión, culpable o negligente, origine la obligación de resarcir”*².

En concreto, se puede entender que las evoluciones más relevantes experimentadas por la responsabilidad civil extracontractual en lo que al elemento daño se refiere tuvieron lugar a lo largo de los siglos XIX y XX y pueden resumirse en las siguientes:

– En primer lugar, con la Revolución industrial, que determina el inicio de la mecanización y tecnificación de los procesos productivos, tiene lugar una multiplicación del número de daños producidos, así como una agravación de los mismos, fenómenos éstos que, debido a los constantes avances tecnológicos en los más diversos ámbitos de la actividad humana, siguen manifestándose todavía en la actualidad³.

¹ VICENTE DOMINGO, E., “El daño”, en REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 220.

² VICENTE DOMINGO, E., *Los daños corporales: Tipología y valoración*, Edit. Bosch, Barcelona, 1994, pág. 29.

³ En ese sentido, JOURDAIN, P., *Les principes de la responsabilité civile*, Edit. Dalloz, Paris, 1992, pág. 10 y MEDINA ALCOZ, M., *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, Edit. Dykinson, Madrid, 2003, pág. 39.

– Un segundo factor de la transformación del presupuesto daño viene dado por el hecho de que, a medida que aumentan las actividades peligrosas, los individuos dejan de resignarse ante el daño sufrido, dejan de creer en la concepción del daño como acto de Dios (*act of God*)⁴ para emprender la búsqueda de un culpable que se haga cargo del daño producido⁵. Aumentan, en definitiva, las reclamaciones que pretenden la reparación de daños y perjuicios⁶.

– Y, finalmente, el aumento del aseguramiento de la responsabilidad civil contribuye a inducir a los perjudicados a reclamar la reparación de los daños padecidos bajo la excusa de que no lo hacen directamente contra el causante del daño, sino contra su aseguradora. De este modo, *"los prejuicios ideológicos del perjudicado y la mala conciencia por litigar desaparecen, y se despersonaliza al causante a través de la llamada socialización de la responsabilidad civil"*⁷.

Lo anterior ha llevado a un aumento del protagonismo del presupuesto daño frente a la culpa, la cual se erigió durante cierto tiempo en elemento central de la responsabilidad civil al ser ésta interpretada de forma subjetiva. Sin embargo, desde que tuvo lugar la aparición de los sistemas de responsabilidad objetiva, que prescinden del elemento culpa, la misma dejó de ocupar esa posición central, porque dejó de ser imprescindible para la operatividad de aquella institución jurídica. De este modo, su lugar pasó a ser ocupado por el daño, que asume así el papel de pieza clave en el sistema de responsabilidad civil⁸, desde el momento en que sin dicho elemento, es decir,

⁴ En palabras de MEDINA ALCOZ, *"desaparece la creencia mágica de la mano de Dios, que queda sustituida por la mano del hombre (act of man, fait de l'homme)"* (MEDINA ALCOZ, M., *La culpa de la víctima en...*, Op. cit., pág. 39).

⁵ De este modo, se llega a una situación en la que *"(...) en todas las sociedades desarrolladas (...) toda frustración personal se convierte en daño en busca de un culpable"* (VICENTE DOMINGO, E., *"El daño"*, Op. et loc. cit., pág. 220-221).

⁶ En el mismo sentido, JOURDAIN, P., *Les principes de la responsabilité civile*, Op. cit., pág. 10.

⁷ VICENTE DOMINGO, E., *"El daño"*, Op. et loc. cit., pág. 221.

⁸ Sobre el paso del protagonismo de la culpa al del daño en los estudios acerca de la responsabilidad civil se ha pronunciado MEDINA ALCOZ, recogiendo las ideas de LÓPEZ JACOISTE, cuando afirma que *"el cometido y sentido inicial de la responsabilidad civil radicó en un juicio valorativo, incluso psicológico, acerca del acto y del proceder del sujeto generador del daño. Seguía operando en ella una dimensión represiva, aunque de manera difusa y no declarada. Pero hoy día, al regir como meta la reposición de la integridad lesionada, la consideración más significativa y justificante de la obligación resarcitoria se encuentra primariamente en la realidad del daño mismo, en su entidad, en su carácter y en sus circunstancias"* (MEDINA ALCOZ, M., *La culpa de la víctima en...*, Op. cit., pág. 42).

sin daño o perjuicio no hay obligación de resarcir⁹. Por ello, se puede afirmar que, hoy, la responsabilidad civil se caracteriza fundamentalmente por centrarse en el problema del daño¹⁰, esto es, en aquello que hay que reparar y en la forma de proceder a dicha reparación. Esto es así hasta el punto de producirse, incluso, una transformación terminológica, en virtud de la cual se viene hablando en la actualidad, para hacer referencia a la responsabilidad civil, de Derecho de daños.

Precisamente, sobre la base de esta idea de que el estudio de la responsabilidad civil debe afrontarse desde la óptica de los daños surge el trabajo que el lector tiene en sus manos y cuyo objetivo es justamente plantearse aquellas cuestiones que, en palabras de MEDINA ALCOZ, hoy en día "llaman la atención de la civilística europea"¹¹.

En concreto, bajo el título *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual* se pretende, sobre todo, aportar un estudio unitario y completo acerca de los principios básicos o fundamentales que rigen la materia relativa a la reparación de los daños y perjuicios derivados de esa responsabilidad civil, porque si bien es cierto que la doctrina española ha prestado una profusa atención al tema de la valoración o cuantificación económica del daño propia del modo de reparación consistente en una indemnización pecuniaria, no es menos cierto que tal tarea se ha abordado sin ir precedida de un análisis más general o completo del sistema reparador español que tenga en cuenta los principios comunes aplicables a las dos formas posibles de resarcimiento: la reparación en forma específica y la reparación por equivalente.

Ahora bien, teniendo en cuenta la relación de interdependencia que existe entre el resarcimiento y el daño, se hace preciso tomar como punto de partida para acometer el análisis del resarcimiento la previa individualización del concepto de daño resarcible¹².

⁹ VICENTE DOMINGO, E., "El daño", *Op. et loc. cit.*, pág. 220.

¹⁰ Así se deriva de una expresión de JOURDAIN, conforme a la cual "Pour le sens commun, la responsabilité civile évoque l'idée d'un dommage et de sa réparation ou encore l'indemnisation des victimes" (JOURDAIN, P., *Les principes de la responsabilité civile*, *Op. cit.*, pág. 1). Y así lo entiende también, de forma categórica, MEDINA ALCOZ, M., *La culpa de la víctima en...*, *Op. cit.*, pág. 42.

¹¹ Esas cuestiones que, a juicio de la autora, llaman la atención de la civilística europea son: "qué es daño, qué daños han de repararse, cómo han de valorarse, la cuestión del daño moral y los problemas del lucro cesante" (MEDINA ALCOZ, M., *La culpa de la víctima en...*, *Op. cit.*, pág. 42).

¹² Así lo entiende también BALDASSARI, A., *Il danno patrimoniale*, Edit. CEDAM, Padova, 2001, pág. 5.

Lo anterior es necesario porque el daño no aparece definido en nuestras leyes postcodificadoras reguladoras de la responsabilidad civil extracontractual. Por el contrario, el art. 1902 del CC, siguiendo al *Code* francés, se limitó a enunciar de forma genérica la obligación de reparar los daños causados como consecuencia de una acción u omisión culpable o negligente, sin proceder a tipificar los supuestos o categorías de daños jurídicamente relevantes, es decir, resarcibles. Ante la existencia de esa cláusula o fórmula de responsabilidad general y atípica, ha correspondido a la doctrina la elaboración de un concepto de daño jurídico o resarcible. Sin embargo, los conceptos proporcionados por la doctrina siempre han sido conceptos abiertos, indeterminados y, en la mayoría de las ocasiones, prejurídicos, formulados de ese modo con la intención de comprender o abarcar en su seno las nuevas categorías de daños resarcibles que iban surgiendo con la evolución de las sociedades¹³.

Así las cosas, hemos afrontado el Capítulo I de este trabajo con la intención de buscar una noción de daño resarcible, teniendo en cuenta las dos perspectivas que cabe asumir del mismo: en primer lugar, entendido como efecto del comportamiento ilícito, aspecto éste bajo el cual, aunque debe mantenerse el carácter abierto del concepto de daño jurídico para no restringirlo en demasía, hemos entendido que, con el objeto de precisarlo lo máximo posible, debían concretarse sus características, las cuales sólo pueden hallarse en circunstancias extrínsecas a la propia noción de daño; y, en segundo término, como objeto de la obligación de reparación, faceta ésta que lo contempla desde la perspectiva de aquello que hay que reparar, desde la óptica de la medida del resarcimiento, haciéndose con ello más patente la íntima y necesaria relación entre el daño y su reparación y para cuya correcta definición es imprescindible tomar en consideración, de nuevo, la constante ampliación de que sigue siendo objeto el daño resarcible.

A continuación, en un segundo Capítulo hemos procedido a enumerar y analizar las distintas clases o categorías de perjuicios resarcibles, prestando atención a las principales cuestiones que se plantean en el seno de cada una de las clasificaciones realizadas. Así, por lo que se refiere a la distinción entre daños patrimoniales y no patrimoniales, hemos dirigido nuestra mirada hacia la determinación doctrinal y

¹³ En tal sentido se han pronunciado DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, Edit. Civitas, Madrid, 1999, pág. 307 y VICENTE DOMINGO, E., "El daño", *Op. et loc. cit.*, pág. 225.

jurisprudencial de las dos partidas integrantes del perjuicio patrimonial, el daño emergente y el lucro cesante, prestando especial atención a este último concepto; y, en relación con el perjuicio extrapatrimonial o moral, hemos intentado una aproximación a su concepto y a sus diversas manifestaciones, que evolucionan con el paso del tiempo, dando, a continuación, una respuesta concreta a la problemática planteada por el denominado daño de muerte. En cuanto a la distinción entre daños presentes y futuros, hemos concretado el momento preciso que, de acuerdo con la legislación procesal civil, debe tenerse en cuenta para atribuir al daño una u otra calificación. Y, finalmente, en relación con la distinción entre daños directos e indirectos, hemos afrontado la dudosa cuestión de la autonomía o independencia de estos últimos respecto de los directos o inmediatos, concluyendo con la negación de la misma.

Así, abordada con carácter previo la cuestión de la noción y delimitación del daño resarcible, resulta posible ya afrontar el estudio de su reparación, tarea ésta a la que se dirigen los tres últimos Capítulos de esta Memoria. En este punto, debe resaltarse que ha resultado imprescindible para elaborar esta parte relativa al resarcimiento del daño el estudio del Derecho comparado, debido a la ausencia en España de trabajos que contengan un tratamiento unitario de la materia apuntada. Y, además, debe destacarse igualmente la necesidad de acudir, en la mayoría de los casos, para la obtención de soluciones a las cuestiones planteadas en el ámbito de la reparación, al análisis de los fallos recaídos en nuestros Tribunales. Esta última circunstancia se explica porque las normas reguladoras de la responsabilidad civil extracontractual no han disciplinado el resarcimiento de los daños y perjuicios más que en el sentido de afirmar su consideración de consecuencia o efecto que se deriva de la concurrencia de responsabilidad civil. Y, por ello, resulta que en los países herederos del *Code* francés ha sido a la jurisprudencia, siempre con la imprescindible colaboración de la doctrina, a quien ha correspondido elaborar el sistema ordenador de la reparación¹⁴, dotándolo de principios reguladores y de soluciones a las cuestiones y dudas suscitadas.

Pues bien, en este trabajo, tras enunciar y estudiar con mayor o menor detalle los principios fundamentales que, procedentes de la elaboración doctrinal y jurisprudencial, rigen u ordenan el resarcimiento de daños y perjuicios y que se dirigen básicamente a

¹⁴ Así lo puso de manifiesto la autora francesa COURTOIS, H., "La réparation", en RODIÈRE, R. (Dir.), *La responsabilité délictuelle dans la jurisprudence*, Librairies Techniques, Paris, 1978, pág. 295.

hacer efectiva la total satisfacción del perjudicado por medio de la íntegra reparación de su daño, hemos procedido a analizar las dos formas en que puede concretarse dicha reparación, prestando especial atención a la reparación en forma específica, apenas tratada en nuestro país, y a las relaciones entre ella y la reparación por equivalente pecuniario. Todo ello para, finalmente, abordar el complicado tema de las posibles funciones que está llamada a desempeñar la responsabilidad civil extracontractual por medio de la reacción en que la misma se concreta y que no es otra que la constituida por el resarcimiento de los daños y perjuicios. Por medio de este análisis funcional del Derecho de daños se expone el estado de la cuestión en España en los últimos años, llegándose, por medio de la toma en consideración de las más recientes declaraciones legislativas vertidas al respecto en el concreto ámbito del Derecho de la propiedad industrial, a una conclusión no del todo acorde con las posturas mantenidas tradicionalmente por la mayor parte de los autores.

Finalmente, creemos oportuno aclarar que el propósito de este trabajo no es resolver todas y cada una de las cuestiones que puede plantear el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de responsabilidad civil extracontractual –tarea ésta de difícil consecución–, sino simplemente ofrecer una visión general, unitaria y sistematizada del sistema reparador español, haciendo especial hincapié en aquellas cuestiones que han sido escasamente tratadas por la doctrina española. Es ésta la razón por la que no hemos incluido en nuestra memoria el tratamiento de la valoración o cuantificación del daño, materia ésta sobre la que existe una nutrida producción doctrinal, que se vio potenciada, sobre todo, a raíz de la promulgación del Sistema para la valoración de los daños personales producidos con ocasión de accidentes de circulación, introducido por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

CAPÍTULO I
CONCEPTO Y REQUISITOS DEL DAÑO
RESARCIBLE

I. EL DAÑO COMO FENÓMENO MATERIAL

Con el término «daño» se hace referencia, en sentido amplio, a cualquier tipo de consecuencia perjudicial que padece una persona con motivo de una conducta propia, ajena o, incluso, con ocasión de un fenómeno natural, no imputable a sujeto alguno. En este sentido lato o extenso, se habla también de daño para referirse al menoscabo o destrucción que afecta a cualquier bien, independientemente de que dicho bien sirva o no a la satisfacción de una necesidad humana, es decir, sin que sea preciso que ese daño se ponga en relación con persona alguna¹⁴.

En efecto, en la vida diaria hablamos a menudo de daños. Lo hacemos para poner de manifiesto que una cosa ha sido objeto de menoscabo o destrucción o, más frecuentemente, para afirmar que alguien ha sufrido una molestia, una incomodidad, un dolor, una pérdida económica, etc. Situaciones todas ellas que pueden derivar o provenir de las más diversas causas.

Así, por ejemplo, cuando tiene lugar un desastre natural (un terremoto, un huracán, una inundación) se habla de los daños producidos, englobando en tal expresión un conjunto amplio y variado de situaciones nocivas: daños a las cosas, a las personas, al entorno natural... También se alude al daño sufrido en los casos en que alguien se causa lesiones a sí mismo de forma voluntaria o cuando una persona sufre porque se ha roto una relación de afecto o de amistad. Es evidente, asimismo, que algunas conductas ajenas, aun siendo perfectamente lícitas, pueden afectar a los intereses de otros. Así ocurre cuando un sujeto se impone a sus competidores al ganar un puesto de trabajo o cuando un negocio, respetando las normas de la competencia, consigue incrementar sus ventas en detrimento de otros comerciantes.

¹⁴ En coherencia con lo expuesto, DE CUPIS, A., afirma que el objeto del daño entendido genéricamente es *"cualquier situación favorable que se refiera o no a seres humanos"* [El daño (Traducción española de la 2ª edición italiana por ÁNGEL MARTÍNEZ SARRIÓN), Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1975, pág. 109].

En todas y cada una de las hipótesis mencionadas nos encontramos ante un daño, entendiendo por tal el fenómeno material que se concreta en un detrimento, perjuicio, dolor o molestia¹⁵.

Así las cosas, podemos concluir que el daño en sentido material, esto es, como hecho de la realidad, constituye un concepto amplio¹⁶ y, por tal razón, se hace preciso delimitarlo con el fin de determinar los casos en los que el daño o perjuicio adquiere relevancia jurídica.

II. EL DAÑO EN SENTIDO JURÍDICO

1. IDEAS PRELIMINARES

El daño¹⁷ es uno de los presupuestos necesarios para poner en marcha el mecanismo de la responsabilidad civil. Es más, podemos decir que se trata del presupuesto matriz, porque en función de él están preordenados los demás requisitos o presupuestos de aquélla. No en vano, la consecuencia que deriva de la concurrencia de responsabilidad civil es el nacimiento, a cargo del sujeto responsable, de la obligación de reparar el daño causado¹⁸, de modo tal que, en ausencia de daño, ninguna obligación nace porque nada hay que reparar.

2. EL DAÑO COMO EFECTO DEL COMPORTAMIENTO ILÍCITO. SUS REQUISITOS

Fácilmente se advierte que al Derecho no le interesan todos los daños susceptibles de producirse en la vida cotidiana, sino que, muy al contrario, el Ordenamiento jurídico

¹⁵ Estos términos son los que el *Diccionario de la Real Academia Española* hace equivaler al vocablo «daño».

¹⁶ Abundando en esta perspectiva, ATAZ LÓPEZ señala que el daño, en sentido material, constituye un "*concepto amplio, impreciso y esencialmente intuitivo*" (ATAZ LÓPEZ, J., *Los médicos y la responsabilidad civil*, Edit. Montecorvo, Madrid, 1985, pág. 319).

¹⁷ Nos referimos, como no podía ser de otro modo, al daño jurídicamente relevante, a aquél que suscita la reacción del ordenamiento jurídico. En definitiva, al daño antijurídico y no al simple daño entendido como fenómeno material.

¹⁸ *Vid.*, arts. 1101 y 1902 CC.

selecciona o discrimina ciertos perjuicios para atribuirles unos determinados efectos¹⁹.Cuál sea el criterio determinante de dicha selección es la cuestión que debemos resolver con el objeto de alcanzar un concepto de daño jurídicamente relevante porque teniendo en cuenta simplemente el dato de que un mismo hecho dañoso puede en ocasiones dar lugar a responsabilidad civil y otras veces no²⁰, podemos afirmar que no existe un concepto de daño en sentido jurídico que derive de su propia naturaleza, sino que, por el contrario, el carácter jurídico del daño viene dado por circunstancias extrínsecas a él. Se hace preciso, en consecuencia, determinar cuáles son dichas circunstancias.

En primer lugar, debemos aclarar que el daño que tiene en cuenta el Ordenamiento jurídico es el padecido por los seres humanos²¹. En esta línea, se ha dicho que el daño sólo puede existir en relación con una persona²², manifestación obvia si se tiene en cuenta que sólo tienen personalidad y, consiguientemente, capacidad jurídica, los seres humanos, así como ciertos entes u organizaciones humanas a las que el Derecho se la atribuye o reconoce con el fin de facilitarles la consecución de los fines o funciones para los que han sido creadas por personas físicas, por seres humanos que desarrollan o gestionan sus actividades²³.

¹⁹ En este sentido, señala el italiano BONILINI que el concepto de daño resarcible nunca ha coincidido ni nunca podrá coincidir con el amplio concepto de daño en la acepción corriente o común, que comprende cualquier forma de modificación peyorativa. Por el contrario, el concepto de daño resarcible es siempre más restringido (BONILINI, G., *Il danno non patrimoniale*, Giuffrè Editore, Milano, 1983, pág. 42-43).

²⁰ Como ejemplo de esta afirmación podemos coger el expuesto por ATAZ LÓPEZ. Este autor señala que si una construcción se viene abajo por un accidente imprevisible e inevitable, por ejemplo, un terremoto, no habrá responsabilidad civil alguna, mientras que si el mismo evento se produce por un defecto de construcción imputable al constructor sí podrá reclamarse la correspondiente reparación. Y en ambos supuestos el daño sufrido es el mismo. (ATAZ LÓPEZ, J., *Los médicos y la responsabilidad civil*, *Op. cit.*, pág. 321).

²¹ Esta afirmación resulta lógica, como señala DE CUPIS, si se tiene en cuenta que la función del Derecho no es otra que "la soluzione di conflitti intersubiettivi d'interessi, funzione per il cui adempimento esso stabilisce un criterio di valutazione superesistenziale degli atti umani", de tal manera que el Derecho "non estende il proprio criterio di valutazione oltre gli atti umani. Il fine del diritto non può essere raggiunto, (...) se non attraverso l'imposizione di una regola di condotta ai possibili soggetti di tali conflitti, vale a dire agli esseri umani." (DE CUPIS, A., "Il danno", *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 1942-XX, pág. 202).

²² FISCHER, H.A. señala, siguiendo a DEGENKOLB, que "el concepto jurídico del daño presenta un matiz marcadamente subjetivo. Aunque se destruya o deteriore una cosa, si no hay un sujeto interesado, a quien afecte el perjuicio, no puede decirse – jurídicamente hablando – que exista «daño»." [*Los daños civiles y su reparación* (Traducción española con concordancias y un Apéndice sobre el Derecho español por W. ROCES), Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1928, pág. 12].

En igual sentido se pronuncia ATAZ LÓPEZ cuando afirma que "el daño, para serlo en sentido jurídico, debe de perjudicar a un sujeto de Derecho, que será el que exija la reparación." (ATAZ LÓPEZ, J., *Los médicos y la responsabilidad civil*, *Op. cit.*, pág. 322).

²³ Sobre ese carácter instrumental que reviste la concesión de personalidad a las personas jurídicas, vid., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Derecho civil. Derecho privado y de la persona*, Edit. Bercal, Madrid, 2002, pág. 211.

En segundo término, teniendo en cuenta que el Ordenamiento jurídico no tutela bienes, sino derechos e intereses, resulta preciso que entre el objeto material sobre el que recae el daño y el sujeto titular del mismo exista una relación de interés²⁴.

Y, por último, dado que el Derecho, por su propia naturaleza, regula tan sólo relaciones de alteridad, se hace también necesario que el responsable del daño no se identifique con el titular del interés dañado, es decir, se requiere que el responsable del daño sea siempre un tercero.

Ahora bien, el Derecho puede tutelar los intereses susceptibles de resultar dañados de dos formas distintas²⁵: a) justificando el sacrificio de uno de los intereses en juego en beneficio del otro, a cambio de una compensación a favor del titular del interés sacrificado, como ocurre, *v. gr.*, en el supuesto regulado por el art. 612 de nuestro CC, que atribuye al propietario de un enjambre de abejas el derecho a perseguirlo sobre el fundo ajeno, a condición de que indemnice al poseedor de éste el daño causado. En este caso, nos encontramos ante un daño que, aun no siendo antijurídico, sí resulta relevante para el Derecho, ya que éste lo permite a cambio de tutelar el interés dañado con una compensación económica; y b) calificando de ilícito el sacrificio de uno de los intereses en juego, de tal modo que frente a su lesión, como ilícita que es, reacciona el Ordenamiento jurídico con las sanciones que se pueden hacer efectivas mediante las correspondientes acciones preventivas, inhibitorias o reparadoras del daño.

Este último es el daño antijurídico, el que interesa a los efectos de la responsabilidad civil extracontractual, puesto que es el que da lugar a la reacción sancionadora del Ordenamiento, reacción que se concreta, en este ámbito, en el nacimiento de una obligación a cargo del dañador: la obligación de reparar el daño causado²⁶.

²⁴ En este sentido, señaló DE CUPIS que "el objeto del daño se identifica con el objeto de la tutela jurídica, y consiguientemente, es siempre un interés humano" (DE CUPIS, A., *El daño*, *Op. cit.*, pág. 107), aclarando en otro lugar que el daño, solamente en la medida en que lesione un interés humano, puede tener efecto jurídico, es decir, puede dar lugar a reacción jurídica (DE CUPIS, A., "Il danno", *Op. et loc. cit.*, pág. 204).

²⁵ DE CUPIS, A., *El daño*, *Op. cit.*, pág. 93 y BUSNELLI, F.D. y PATTI, S., *Danno e responsabilità civile*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1997, pág. 17.

²⁶ *Vid.* art 1902 CC.

De lo dicho podemos concluir que las circunstancias extrínsecas que hacen que un daño o perjuicio sea tomado en consideración por el Derecho, a los efectos de la responsabilidad civil extracontractual, para atribuirle la reacción jurídica propia de este tipo de responsabilidad son las siguientes: 1ª) que el daño lesione un interés humano; 2ª) que el hecho dañoso sea imputable a una persona distinta del titular del interés lesionado; 3ª) que el daño pueda calificarse como antijurídico, por haber recaído sobre un interés que el Ordenamiento considere digno de protección o de tutela jurídica; 4ª) que el daño sea cierto, tanto en su existencia como en su cuantía y 5ª) que el daño resulte probado por quien lo alega.

Veamos con más detalle estas circunstancias determinantes de la calificación jurídica del daño:

2.1. Lesión de un interés humano

En primer lugar, se hace preciso aclarar la noción de *interés*, para lo cual es necesario hacer referencia con carácter previo a la de *bien*²⁷.

Bien es todo aquello que puede satisfacer una necesidad humana y comprende no solamente las cosas materiales, sino también los derechos y los llamados bienes de la personalidad (salud, honor, libertad, etc.). Relacionado con la noción de bien, nos encontramos el *interés*, que puede ser definido como la posibilidad de que una necesidad humana sea satisfecha por medio de un bien. Dicho de otro modo, el *interés*

²⁷ Sobre la necesidad, a efectos jurídicos, de la existencia de una relación entre el bien y el interés, habla PENA LÓPEZ. Afirma este autor lo siguiente: "en la medida en que, sobre esos objetos interesantes, se tienen esos poderes, se tienen bienes, se tiene un objeto apto, en la vida social, para la satisfacción de un interés –el objeto que tendría la cualidad de bien por sí, en tanto en cuanto pudiera satisfacer una necesidad, si hiciésemos abstracción de la vida social concreta que vivimos, no haciendo abstracción de ella, sólo adquiere esta cualidad de bien cuando las relaciones necesarias con él, para que pueda producir una utilidad, son jurídicamente protegidas frente a los demás–; y en la medida en que estas relaciones dejan de estar jurídicamente protegidas, aquellos objetos, a las que hacen referencia, dejan de tener aquella aptitud necesaria en la vida social para la satisfacción de las necesidades de un sujeto, dejan, por lo tanto, de ser, para él, bienes, en la vida concreta". (PENA LÓPEZ, J.M., *La acción subrogatoria. Finalidad y consideración de su naturaleza como aspecto de un derecho real de garantía (Valoración crítica de la moderna doctrina italiana)*, Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Extremadura, Salamanca, 1977, pág. 126-127.

es la relación que existe entre el sujeto que experimenta la necesidad y el bien apto para satisfacerla²⁸.

Han sido bastantes los autores que han advertido la necesidad de que el daño, para ser considerado como tal desde un punto de vista jurídico, recaiga sobre un interés humano²⁹. Pero es que, incluso, hay autores que han ido más lejos, hasta el punto de identificar el concepto de daño con la lesión de un interés³⁰. Sin embargo, estas equiparaciones entre daño y lesión de un interés –aun cuando se precise que éste ha de ser humano para destacar que es necesario que se experimente por quienes tengan personalidad jurídica, esto es, por los hombres *uti singuli* o *uti universi*–, no nos parecen suficientes para erigirse como concepto de daño jurídicamente relevante. Por el contrario, definir el daño mediante la referencia a la lesión de un interés, aunque se especifique que ha de ser humano, da lugar a una noción incompleta, parcial, que toma en consideración únicamente el objeto sobre el que recae el término a definir, pero que prescinde de otros caracteres del mismo igualmente relevantes y que no se pueden omitir a la hora de elaborar un concepto jurídico de daño³¹.

²⁸ Vid. al respecto, a los italianos SCOGNAMIGLIO, R., "Appunti sulla nozione di danno", *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1969 y DE CUPIS, A., *El daño*, *Op. cit.*, págs. 109-111, así como a BONVICINI, E., *Le responsabilità per i danni nel Diritto delle obbligazioni*, Vol. I, Giuffrè Editore, 1963, pág. 5 y al argentino VÁZQUEZ FERREYRA, R.A., *Responsabilidad por daños (Elementos)*, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 173.

Entre los autores italianos, RAVAZZONI prefiere hablar, más que de relación, de situación de la persona frente al bien (RAVAZZONI, A., *La riparazione del danno non patrimoniale*, Giuffrè Editore, Milano, 1962, pág. 44).

²⁹ A título meramente ejemplificativo, el italiano DE CUPIS, A., *El daño*, *Op. cit.*, págs. 107 y ss.; los argentinos STIGLITZ, G.A. y ECHEVESTI, C.A., "El daño resarcible", en MOSSET ITURRASPE, J. (dir.), *Responsabilidad civil*, Edit. Hamurabi, Buenos Aires, 1992, pág. 215 o el español SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil, Derecho Sustantivo y Derecho Procesal*, 7ª ed., Edit. Montecorvo, Madrid, 1993, pág. 143.

³⁰ En tal sentido se pronuncian algunos representantes de la doctrina italiana, como RAVAZZONI –quien, acogiendo el concepto ofrecido por CARNELUTTI, identifica el daño con la lesión del interés (RAVAZZONI, A., *La riparazione del danno non patrimoniale*, *Op. cit.*, pág. 37)–; BUSNELLI y PATTI –quienes definen el daño como la lesión del interés jurídicamente relevante (*Danno e responsabilità civile*, *Op. cit.*, pág. 18)– o ALPA, que lo define como la lesión de un interés protegido [ALPA, G., *Trattato di Diritto Civile*, Vol. IV, (*La responsabilità civile*), Giuffrè Editore, Milano, 1999, pág. 606].

En la misma línea se sitúan las definiciones del argentino VÁZQUEZ FERREYRA, R.A., para quien "el daño es la lesión a un interés jurídico" [*Responsabilidad por daños (Elementos)*, *Op. cit.*, pág. 174] y del portugués ANTUNES VARELA, que lo delimita como "a lesão causada no interesse juridicamente tutelado" (ANTUNES VARELA, J., *Das obrigações em geral*, Vol. I, 7ª ed., Edit. Almedina, Coimbra, 1991, pág. 592).

³¹ Ya SCOGNAMIGLIO, pese a considerar que, sin duda, el daño coincide con la lesión del interés, objetaba a esa teoría el inconveniente de ofrecer una configuración demasiado vaga y desenfocada del fenómeno (SCOGNAMIGLIO, R., voz «Risarcimento del danno», *Nov. Dig. It.*, Tomo XVI, Edit. UTET, Torino, 1969, pág. 7), concretando en otra de sus obras la crítica realizada, en el sentido de que la lesión del interés, en cuanto equivale a la transgresión de la facultad que el Ordenamiento atribuye al sujeto sobre el bien, se identifica con la violación del derecho y ésta no puede equipararse a la noción de daño, puesto que pertenece a un momento distinto y antecedente respecto a las consecuencias dañosas que, por

En efecto, algunos autores italianos han resaltado que las teorías que definen el daño como lesión de un interés humano jurídicamente protegido son incompletas, puesto que se refieren únicamente al daño entendido como evento, sin prestar atención a la eventual concurrencia de consecuencias perjudiciales. Y no basta, para poder apreciar la existencia de un daño resarcible, con que se produzca la lesión a un derecho o interés, sino que, además, de esa lesión debe derivar alguna consecuencia perjudicial (patrimonial o extrapatrimonial) para el sujeto titular de tal interés, cosa que no ocurre siempre que se lesiona éste³².

2.2. Imputabilidad

Para que el daño sea considerado como tal desde el punto de vista jurídico que ahora nos interesa, es preciso que el mismo resulte imputable a una persona distinta del titular del interés lesionado, dado que el Derecho regula relaciones de alteridad. En este sentido, señala FISCHER que el Derecho incluye en el concepto de daño "*todos los perjuicios que el individuo sujeto de derecho sufra en su persona y bienes jurídicos, con excepción de los que se irrogue el propio perjudicado*"³³.

otro lado, no siempre se derivan de ella (SCOGNAMIGLIO, R., "Appunti sulla nozione di danno", *Op. et loc. cit.*, pág. 474).

Igualmente, frente a esta concepción que identifica el daño con la lesión del interés formula una crítica la autora italiana NAVARRETTA. En su opinión, esa teoría ofrece una serie de inconvenientes. Algunos de ellos son predicables respecto del Ordenamiento jurídico italiano, mientras que otros, en concreto, el relacionado con la necesidad de separar el evento y el daño y el relativo a la antijuridicidad, resultan referibles a cualquier sistema jurídico. *Vid.* esta crítica en NAVARRETTA, E., *Diritto inviolabili e risarcimento del danno*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1996, págs. 101-104.

En nuestra opinión, se compartan o no las críticas precedentes, lo que parece quedar claro es que la elaboración de un concepto jurídico de daño debe ir más allá de su simple identificación con la lesión de un interés.

³² Sobre la diferenciación entre la lesión del derecho o interés y las posteriores consecuencias perjudiciales y sobre la necesidad de la concurrencia de ambos elementos para integrar el concepto de daño resarcible, *vid.*, de nuevo, SCOGNAMIGLIO, R., "Appunti sulla nozione di danno", *Op. et loc. cit.*, pág. 474 y, más recientemente, D'ADDA, A., *Il risarcimento in forma specifica. Oggetto e funzioni*, CEDAM, Padova, 2002, págs. 174-179.

Así parece entenderlo también nuestro Tribunal Supremo, que en un supuesto de incumplimiento contractual en el que la entidad actora reclamaba, entre otros conceptos, la indemnización de daños y perjuicios derivados de la desaparición de varias copias de películas de los almacenes de la demandada, rechazó dicha demanda con base en que las copias desaparecidas estaban destinadas a su destrucción, por lo que no puede indemnizarse su valor como daño [STS de 29 de marzo de 2001 (RJ 3189)]. Es decir, el Tribunal Supremo rechaza en esta hipótesis la existencia de daño resarcible ante la ausencia de consecuencias perjudiciales para el titular del derecho, por mucho que si quepa apreciar una lesión al derecho de propiedad de la demandante.

³³ FISCHER, H.A., *Los daños civiles y su reparación*, *Op. cit.*, pág. 1.

Esta afirmación, sin embargo, debe ser matizada, dado que existen supuestos en los que la obligación de reparar el daño que el propio titular del interés lesionado se ha causado recae sobre ciertas personas o instituciones. Ahora bien, se trata de hipótesis en las que esas personas a las que se hace responder tienen asignado por el propio Ordenamiento un especial deber de vigilancia o de cuidado sobre la víctima del daño, de modo que si dicho deber se hubiera observado el daño no se habría producido. Por eso, en la medida en que el incumplimiento de este deber actúa como *conditio sine qua non* en la producción del daño, desde el punto de vista jurídico puede considerarse a los titulares de este deber como causantes del perjuicio³⁴.

³⁴ Nos referimos básicamente a supuestos encuadrables en el ámbito de la responsabilidad por culpa «*in vigilando*», de la que la jurisprudencia emanada de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ofrece numerosos ejemplos extraídos de los ámbitos de actuación de las Administraciones Públicas. Así, citándonos a algunos de los fallos más recientes, cabe citar las SSTs (Sala 3ª) de 28 de marzo de 2000 (RJ 4051) o de 4 de mayo de 1999 (RJ 4910), relativas ambas a la responsabilidad en que incurre la Administración con motivo del suicidio de un preso en el centro penitenciario en que se encontraba; o las SSTs (igualmente Sala 3ª) de 4 de octubre de 1999 (RJ 8539), o de 16 de marzo de 1999 (RJ 3042), que se refieren a la responsabilidad que nace a cargo de la Administración sanitaria por el suicidio en sendos centros sanitarios públicos de pacientes ingresados por problemas psiquiátricos; así como la STS (Sala 3ª) de 7 de octubre de 2003 (RJ 8228), en la que se declara la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria correspondiente por las secuelas sufridas por una paciente a causa del intento de suicidio acometido durante su estancia en el hospital en el que había sido ingresada con problemas psiquiátricos.

Otros supuestos sobre el que el Alto Tribunal se ha pronunciado son los relativos a la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa por accidentes sufridos en colegios. Así, la STS (Sala 3ª) de 26 de septiembre de 1998 (RJ 6836) declaró la responsabilidad del centro docente por la muerte de un niño de corta edad que, habiéndose encaramado a la barandilla de la escalera del colegio, sufrió una caída que le produjo la muerte, apreciándose por el Tribunal una culpa «*in vigilando*» del centro en cuestión, tanto por falta de vigilancia por parte del profesorado, como por no dotar a los barandales de los tramos de escalera de la protección adecuada para evitar sucesos como los acaecidos. Otra sentencia más reciente de la Sala 3ª del TS (Sección 6ª) de 28 de junio de 2004 consideró responsable a la Administración autonómica correspondiente por el accidente sufrido por un menor en un colegio distinto de aquél en el que estaba matriculado al caerle encima una canasta de baloncesto.

En igual sentido, la STS (Sala 3ª) de 14 de julio de 1998 (RJ 7522), que hace responsable a la Administración por la muerte de un niño causada por la caída a un pozo situado en el colegio al que asistía y cuya conservación y vigilancia correspondían al Ayuntamiento, por formar parte de la red municipal de alcantarillado. O, por último, la STS (Sala 3ª) de 17 de noviembre de 1998 (RJ 9149), que declara la responsabilidad patrimonial de un Ayuntamiento por los daños corporales sufridos por un menor a causa de la explosión de artefactos pirotécnicos sobrantes de un castillo de fuegos artificiales que había sido disparado la noche anterior, durante las fiestas del municipio. En este supuesto el TS, tras declarar la inclusión de la actividad festiva en el ámbito del funcionamiento de los servicios públicos, aprecia una omisión de cautelas por parte del Ayuntamiento al no haberse preocupado de recoger el material pirotécnico sobrante.

Se aprecia, a través de los ejemplos consignados, que en todos ellos existe un especial deber de vigilancia o de cuidado a cargo de la Administración, deber especial que se establece, bien en atención a las personas por las que hay que velar (enfermos, niños), bien en razón de la relación que une a determinadas personas con los entes administrativos (presos) o bien en atención a ambos tipos de razones. En cualquier caso, para que se pueda hacer responsable a la Administración correspondiente, el hecho del que deriva la responsabilidad ha de estar comprendido en la esfera del funcionamiento de los servicios públicos.

Por otra parte, la existencia de este requisito tampoco resulta desmentida en aquellas hipótesis en las que el titular del interés lesionado, aun no siendo el autor material del hecho productor del daño, es *"moralmente partícipe"*³⁵ en la causa del mismo. Parecería, en estos casos, según palabras de DE CUPIS, que *"aquel que consiente que otro le ocasione daño, se apropia, por así decir, la causa del daño, que no puede ser considerada como extraña a él, y de aquí, que no sea daño antijurídico, y que no produzca, en su favor, una reacción jurídica"*. Sin embargo, lo que en estos supuestos ocurre para que el daño no sea relevante a los efectos de la responsabilidad civil extracontractual no es la falta de heteroproducción del daño, que no se da, sino la concurrencia de una causa de justificación, que no es otra que la constituida por el consentimiento de la víctima.

Ahora bien, para que la citada causa de justificación concurra es preciso que el titular del interés dañado tenga poder de disposición sobre el mismo. Porque, si bien es cierto que el consentimiento del perjudicado excluye la antijuridicidad del daño cuando recae sobre intereses patrimoniales de aquél, que son siempre disponibles, no ocurre lo mismo cuando el daño consentido tiene por objeto determinados bienes de la persona (v. gr., vida e integridad física), respecto de los cuales, con carácter general, su titular carece de poder de disposición. Y decimos que ello es así con carácter general porque esa imposibilidad de disposición se excepciona en ciertos casos, a saber, en aquellos en los que en la producción del daño concurre una causa que para el Ordenamiento jurídico lo justifica, como así ocurre, por ejemplo, en las operaciones quirúrgicas realizadas para preservar la salud, en la extracción de órganos de personas vivas para trasplantes y en las operaciones para esterilización o cambio de sexo. Fuera de estos casos, el consentimiento prestado para causar daño o perjuicio en alguno de esos bienes de la persona, será nulo, por lo que no excluirá el carácter antijurídico del perjuicio, dando lugar al nacimiento de la obligación de reparación a cargo del dañador.

2.3. Antijuridicidad

³⁵ Expresión que emplea DE CUPIS para referirse al consentimiento de la víctima (DE CUPIS, A., *El daño*, Op. cit., pág. 92).

Esta característica de la antijuridicidad no constituye objeto de nuestro estudio, mas debemos, al menos, subrayarla, por cuanto que la misma ha sido negada o, al menos, no debidamente resaltada en muchos casos por parte de la doctrina³⁶.

De acuerdo con esta nota, el daño merecerá la calificación de antijurídico cuando lesione un interés protegido por el Derecho, entendidos, tanto éste como aquél, en su sentido más amplio. Lo anterior significa que por intereses jurídicamente protegidos o tutelados no deben entenderse únicamente los derechos subjetivos, sino también los intereses legítimos e, incluso, las expectativas ciertas y legítimas³⁷, siempre y cuando unos y otras se encuentren protegidos por el Ordenamiento jurídico, concebido éste no sólo como la suma de sus concretas normas, sino integrado también por los principios y valores que lo informan.

Ahora bien, aunque se haga referencia a la contraposición entre derechos subjetivos e intereses legítimos³⁸, la misma no puede ser interpretada en el sentido tradicional en base al cual unos y otros se distinguen en función de la distinta protección que les dispensa el Ordenamiento jurídico. Por el contrario, esa interpretación, según la cual los derechos subjetivos gozarían de una tutela directa e incondicionada, mientras que los intereses legítimos serían tutelados *"solamente de reflejo, en consideración a la coincidencia del interés individual privado con el interés colectivo y público"*, resulta incompatible con las previsiones contenidas en nuestra Constitución, en concreto, con

³⁶ Efectivamente, no encontramos referencia alguna a la antijuridicidad en la ya clásica definición de daño efectuada por LARENZ, que lo caracteriza como *"el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio"* [LARENZ, K., *Derecho de Obligaciones* (Traducción española por SANTOS BRIZ), Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pág. 193] ni tampoco aparece tal nota en la definición –prejurídica– que ofrece PANTALEÓN, cuando afirma que *"el daño puede definirse como toda modificación perjudicial en la esfera patrimonial o personal de un sujeto de derecho"* [PANTALEÓN PRIETO, F., voz «Daño (D.º Civil)», *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. II, Edit. Civitas, Madrid, 1995, pág. 1896].

Para una visión más detallada de la negación de la antijuridicidad por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, vid. PENA LÓPEZ, J.M., «Prólogo» a *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual* de J.M. Busto Lago, Edit. Tecnos, Madrid, 1998, págs. 13-16.

³⁷ BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Edit. Tecnos, Madrid, 1998, pág. 52.

³⁸ Contraposición ésta que, pese a ser más típica del Derecho Administrativo y, por tanto, de las relaciones jurídicas entabladas entre los particulares y las Administraciones públicas, puede extenderse también al ámbito del Derecho privado, en el que asimismo existen intereses legítimos *"(...) portatori di una particolare e specifica forma di tutela –che non assurgano a veri e propri diritti soggettivi"* (COLOMBINI, E., *"Il risarcimento del danno agli interessi legittimi"*, *Archivio civile*, 2001-I, pág. 941).

su art. 24.1, del que deriva una protección igual, cuantitativamente hablando, para los derechos subjetivos y para los intereses legítimos³⁹.

Quizás por ello, conviene, para descartar de una vez por todas la interpretación arriba apuntada, hablar, más que de intereses legítimos, de intereses merecedores de consideración o tutela jurídica⁴⁰. Acudiendo a esta terminología, resultará resarcible todo daño que recaiga sobre un interés humano jurídicamente protegido, ya goce de un reconocimiento legal específico, y a carezca de éste, si bien, en este último caso, será preciso que dicho interés no repugne al Ordenamiento jurídico, es decir, será necesario que "*su goce no comporte una situación de hecho ilícita*"⁴¹.

Esta amplia concepción del interés que configura el objeto del daño resarcible y que se formula a la luz del general principio del *neminem laedere* exige, al formularse en términos tan generales e imprecisos, una individualización de los concretos intereses protegidos por el Derecho. Y en este punto, adquiere fundamental importancia la labor desempeñada por los órganos judiciales, a los que corresponde individualizar los intereses jurídicamente protegidos, no en base a la arbitrariedad ni a su libre discrecionalidad⁴², sino tomando como punto de referencia la conciencia colectiva del

³⁹BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible en...*, Op. cit., págs. 103 y 105.

⁴⁰ Expresiones de este tipo son utilizadas por distintos autores, sobre todo, italianos. Así, GALGANO habla de "*interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico*" (GALGANO, F., "Le mobili frontiere del danno ingiusto", *Contratto e impresa*, 1985-1, pág. 9); VISINTINI, por su parte, alude al "*interesse giuridicamente rilevante*" (VISINTINI, G., "Il danno ingiusto", *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1987-1, pág. 183) y GIANNINI y POGLIANI se refieren al "*interesse ritenuto meritevole di protezione*" (GIANNINI, G. y POGLIANI, M., *Il danno da illecito civile*, Giuffrè Editore, Milano, 1997, pág. 12).

⁴¹ Estos últimos intereses se corresponden con los mal llamados, a juicio de BUSTO LAGO, intereses simples o «de hecho», de tal manera que, como señala este autor, "*se sostiene la suficiencia de la lesión de intereses dotados de estabilidad y certeza, aun cuando no gocen de un reconocimiento jurídico específico o concreto, de forma que la tutela indemnizatoria ex artículo 1.902 del CC se extendería a las lesiones de intereses y expectativas en cuanto su goce no comporte una situación de hecho ilícita*" (BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible en...*, Op. cit., pág. 105).

El rechazo de la resarcibilidad de los daños causados a intereses contrarios a la ley o a las buenas costumbres es compartido por la autora francesa SOUCHON, C., "Le dommage", en RODIÈRE, R. (Dir.), *La responsabilité délictuelle dans la jurisprudence*, Librairies Techniques, Paris, 1978, pág. 282; y aun poniendo de relieve que el Código civil francés no formula restricción alguna a los intereses cuya lesión da lugar a reparación, comparte igualmente el rechazo de la resarcibilidad de los intereses cuyo goce comporta una situación de hecho ilícita su compatriota DEJEAN de la BÂTIE, N., "Le préjudice", en AUBRY y RAU, *Droit Civil Français*, Tomo VI-2 (*Responsabilité délictuelle*), 8ª ed., Éditions Litec, Paris, 1989, pág. 20.

⁴² Así lo subrayó la famosa sentencia n. 500/99, de 22 de julio, dictada por las *Sezioni Unite della Corte di Cassazione* italiana, sentencia con la que se pone fin a la tesis de la irresarcibilidad de los intereses legítimos, hasta entonces dominante en el país alpino, y de la que se hicieron eco diversos autores, entre ellos, COLOMBINI, E., en "Il risarcimento del danno agli interessi legittimi", *Op. et loc. cit.*, pág. 952.

momento histórico de que se trata⁴³, de la que los jueces actúan como representantes⁴⁴. En definitiva, cabe atribuir a la jurisprudencia el papel de artífice de la ampliación de la esfera del daño resarcible.

2.4. Certeza

La *certeza* se presenta, a los ojos de la generalidad de la doctrina y de la jurisprudencia, tanto nacional como comparada, como indispensable para que pueda tener lugar la reparación o el resarcimiento del perjuicio. Por tanto, el daño que sufre el perjudicado, además de que debe ser un daño propio, esto es, inferido a un interés relativo a su persona o a sus bienes, ha de aparecer como un daño cierto, real, efectivo, no simplemente eventual⁴⁵. El daño eventual o hipotético no puede ser objeto de reparación, porque en tal caso se estaría, por un lado, enriqueciendo injustamente a la supuesta víctima, en cuanto que no es seguro que ésta haya experimentado pérdida alguna ni que la vaya a experimentar en el futuro, y, por otro lado, se estaría haciendo soportar al presunto responsable consecuencias que, al menos hasta ese momento, no se han derivado concluyentemente de su conducta.

Por esta razón, no basta con que el demandante alegue el incumplimiento de una obligación por parte del demandado para que surja a cargo de éste el deber de reparar, sino que para ello es preciso demostrar la existencia de un daño, porque el incumplimiento por sí solo no lleva consigo en todo caso la producción de perjuicios⁴⁶. Y algo parecido ha de decirse respecto de la conducta generadora de riesgo o peligro

⁴³ Respecto a esta cuestión, el portugués VAZ SERRA afirmó, con relación a los perjuicios no patrimoniales, que "*como as ideias variam com os tempos, um dano não patrimonial, que a consciência jurídica de hoje não considere digno de compensação, pode amanhã vir a ser tido como merecedor dela*" (VAZ SERRA, A., "Reparação do dano não patrimonial", *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 83, 1959, pág. 89).

⁴⁴ En este sentido, BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible en...*, *Op. cit.*, pág. 108 y el italiano BIANCA, M., "Danno ingiusto: a proposito del risarcimento da lesione di interessi", *Riv. Dir. Civ.*, nº 5, 2000, pág. 691-692.

También VICENTE DOMINGO alude indirectamente al importante papel de la jurisprudencia en la concreción de los intereses cuya lesión da lugar a un daño reparable (VICENTE DOMINGO, E., "El daño", en REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 229).

⁴⁵ La oposición de los términos certeza y eventualidad es puesta de manifiesto por HENAO, J.C., *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pág. 129.

⁴⁶ En este sentido, ROCES, W., "Breves acotaciones sobre el régimen de reparación de daños en el Derecho español" (Apéndice a la traducción española de *Los daños civiles y su reparación*, de H.A. FISCHER), Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1928, pág. 288 y SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil...*, *Op. cit.*, pág. 152.

para un interés, que no dará lugar a reparación civil mientras no se materialice en un daño real y efectivo recaído sobre aquél, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la responsabilidad penal, ya que en dicho ámbito tal conducta, siempre y cuando se encuentre tipificada, será tomada en consideración a los efectos de asignarle la pena correspondiente.

Así las cosas, se hace preciso determinar qué se entiende por daño cierto y, por tanto, resarcible. Al respecto, señalan los MAZEAUD que *"afirmar que el perjuicio es cierto es afirmar que no existe duda sobre su realidad"*⁴⁷. Pero esa constatación de la realidad del daño no es, en la práctica, sencilla, sino que, por el contrario, plantea una serie de cuestiones que es preciso resolver.

En concreto, debemos precisar que la nota de la certeza del daño conlleva para el perjudicado la carga de aportar la prueba atinente a los dos extremos siguientes: a) de una parte, debe probar que el daño es real en su existencia, lo cual no significa que el daño deba haberse verificado ya en el momento en que se ejercita la acción dirigida a la declaración de la responsabilidad, puesto que es perfectamente posible la existencia de un daño futuro y, a la vez, cierto; b) y, por otro lado, debe demostrar igualmente que el daño es real o cierto también en su cuantía⁴⁸.

2.4.1. Certeza en torno a su existencia

Con relación a la certeza del daño en el aspecto atinente a su *existencia*, hay que señalar que, como ya hemos apuntado más arriba, no debe confundirse la certeza del daño con su actualidad, pues nada impide que haya certidumbre con respecto a un daño que todavía no se ha manifestado. En efecto, habiendo definido la certeza del daño como la ausencia de dudas sobre su realidad o, dicho de otro modo, como la seguridad acerca de su producción, no hay obstáculo alguno para que esa certeza se proyecte hacia

⁴⁷ MAZEAUD, H., L. y J., *Lecciones de Derecho Civil*, Parte Segunda, Vol. II, *La responsabilidad civil. Los cuasicontratos* (Traducción española de LUIS ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960 pág. 61.

La misma definición de la certeza ofrece su compatriota SOUCHON, C., "Le dommage", *Op. et loc. cit.*, pág. 274.

⁴⁸ En palabras de CERDÁ OLMEDO, que es "susceptible de estimación inmediata" (CERDÁ OLMEDO, M., "Responsabilidad por daños futuros", *ADC*, 1985, pág. 624).

un momento posterior, futuro⁴⁹. Es decir, no es necesario ni determinante que el daño se haya producido ya para que queden despejadas las dudas sobre su realidad, sino que es posible igualmente tener la seguridad de que un daño va a acontecer aunque no se conozca el momento preciso de su materialización. Así ocurre cuando el daño se presenta como una prolongación directa de un estado de cosas actual⁵⁰, lo cual acontece, por ejemplo, en los casos en los que, a consecuencia de la conducta del agente, el perjudicado sufre lesiones que limitan su capacidad de trabajo hacia el futuro, causándole como resultado, al margen de otros posibles daños, innegables perjuicios económicos.

Estos daños futuros, en la medida en que sean ciertos, deben ser reparados. Lo que ocurre es que la apreciación de los mismos no resulta sencilla, en la medida en que exige una reconstrucción de los hechos proyectada hacia el futuro, reconstrucción que deberá realizarse de acuerdo con el que se considere, según las circunstancias concurrentes en cada caso, el curso normal de los acontecimientos. Tomando como base dicha reconstrucción fáctica, habrá de concluirse si el daño se producirá o no.

Precisamente debido a la función “*profética*” –en palabras de DE CUPIS– que corresponde desempeñar al juez a la hora de apreciar la existencia de los daños futuros, el autor italiano considera que el criterio determinante para apreciar dichos perjuicios es la búsqueda por parte de los Tribunales de una probabilidad de daño rayana en la certeza o, lo que es lo mismo, de una certeza no absoluta, sino sólo relativa⁵¹.

Sin embargo, en nuestra opinión, la certeza que debe exigirse a la hora de apreciar los daños futuros ha de ser una certeza absoluta, no sometida a limitación alguna, sin que la falta de seguridad en torno al concreto momento en que tales perjuicios vayan a hacerse efectivos pueda identificarse con una necesaria relatividad en cuanto a la certitud de su efectiva materialización. Porque solamente entendiendo de tal modo el

⁴⁹ Por ello, entiende HENAO que “*para que el perjuicio se considere existente es indiferente que sea pasado o futuro, pues el problema será siempre el mismo: probar la certeza del perjuicio, bien sea demostrando que efectivamente ya se produjo, bien sea probando que, (...), el perjuicio «aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual»*” (HENAO, J.C., *El daño...*, Op. cit., pág. 131).

⁵⁰ Éste es el daño futuro por excelencia para CERDÁ OLMEDO, M., “Responsabilidad por daños futuros”, Op. et loc. cit., pág. 624.

⁵¹ DE CUPIS, A., *El daño*, Op. cit., pág. 323.

En igual sentido se pronunció en la doctrina francesa JOURDAIN, P., *Les principes de la responsabilité civile*, Edit. Dalloz-Sirey, Paris, 1992, pág. 121.

requisito de la certeza en relación con los daños futuros adquiere pleno sentido la posibilidad, doctrinal y jurisprudencialmente aceptada, de promover un proceso posterior dirigido a obtener la reparación de aquellos perjuicios que, no siendo previsibles en el momento en que se ejercita la acción de daños inicial y teniendo como causa determinante la misma conducta generadora de responsabilidad, sobrevienen ulteriormente.

2.4.2. Certeza en torno a su cuantía

El segundo de los temas planteados, la exigencia de certeza respecto a la *cuantía* del perjuicio, ha sido objeto de una evolución legislativa y jurisprudencial. Como ha apuntado CERDÁ OLMEDO, el análisis de nuestra jurisprudencia pone de manifiesto que dicha exigencia se había relajado en gran medida, de tal forma que los Tribunales permitían, sobre la base de una interpretación generosa y flexible del art. 360 de la LEC de 1881⁵², si las partes lo solicitaban o si ellos mismos consideraban que carecían de bases suficientes para fijar la cuantía del daño, que esa fijación se retrasase al trámite de ejecución de sentencia⁵³. Esto era particularmente útil en relación con algunos daños futuros, pues era posible que en el momento en que tenía lugar dicho trámite se conocieran nuevas circunstancias antes ignoradas que ayudasen a la fijación de su cuantía.

De hecho, tanta era la flexibilidad de la jurisprudencia con relación a este extremo que el Profesor DE ÁNGEL llegó a sugerir, para el supuesto que durante el pleito se acreditasen nuevos daños o daños mayores, tanto presentes como futuros, *“que el demandante no se autolimite, reduciendo la cuantía de la indemnización solicitada a los daños que de modo taxativo y no ampliable enumere en su demanda, sino que, por el contrario, formule ésta pidiendo que le sean indemnizados los daños «que se acrediten en el juicio o en ejecución de sentencia»”*⁵⁴. De este modo, la exigencia

⁵² El art. 360 de la LEC de 1881 contenía el siguiente enunciado: “Cuando hubiere condena de frutos, intereses, daños o perjuicios, se fijará su importe en cantidad líquida, o se establecerán, por lo menos, las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación”. Y añadía: “Sólo en el caso de no ser posible ni lo uno ni lo otro se hará condena a reserva de fijar su importancia y hacerla efectiva en la ejecución de la sentencia”.

⁵³ CERDÁ OLMEDO, M., en “Responsabilidad por daños futuros”, *Op. et loc. cit.*, pág. 624, nota nº 5.

⁵⁴ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, Edit. Civitas, Madrid, 1993, pág. 916.

clásica de certeza en torno a los dos aspectos antes citados dejaba paso a la exigencia de una certeza referida únicamente a la existencia del daño, pero no a la determinación de su monto.

Sin embargo, la recomendación propuesta por el citado autor a la vista de la regulación establecida en el art. 360 de la LEC de 1881 y de la permisividad de los Tribunales ha perdido toda su virtualidad con la promulgación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. El art. 219 de este cuerpo legal, al referirse a las reclamaciones de cantidad de dinero determinada o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, prescribe que en la demanda deberá cuantificarse exactamente su importe, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia, o bien, de no ser ello posible, fijarse claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética. El precepto impide, por tanto, que en la sentencia se efectúe la condena con reserva de liquidación en la ejecución.

Dado el cambio de orientación que para el tema que nos ocupa supone la regulación contenida en el citado precepto de la LEC vigente, consideramos oportuno realizar un sucinto análisis del mismo con el objeto de aclarar, desde un punto de vista meramente teórico, las dudas que, en relación con el extremo que estamos tratando, pueda suscitar su lectura.

Para comenzar, hemos de decir que con la nueva regulación vuelve a adquirir plena vigencia y actualidad aquella clásica exigencia de certeza del daño comprensiva de los dos extremos ya mencionados: existencia y cuantía⁵⁵. Precisamente eso fue lo que se pretendió con el art. 219 de la actual LEC, evitando de ese modo las condenas genéricas o sentencias con reserva de liquidación, pues bajo la norma anterior (art. 360 LEC 1881) el procedimiento ejecutivo se había desnaturalizado, mostrándose en la práctica, en los casos en los que en tal fase se procedía a la liquidación de los daños, intereses o frutos – que eran la mayoría – como un nuevo proceso declarativo, con el consiguiente retraso que experimentaba la ejecución propiamente dicha⁵⁶.

⁵⁵ Exigencia clásica a la que se refirió ROCES, citando jurisprudencia en ese sentido, ya en la década de los años 20 (ROCES, W., “Breves acotaciones...”, *Op. et loc. cit.*, pág. 287-288)

⁵⁶ TAPIA FERNÁNDEZ, I., “Comentario al art. 219”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Vol. I, Aranzadi Editorial, Navarra, 2001, págs. 796 y ss y DAMIÁN MORENO, J.,

En relación con el tema objeto de nuestra investigación –daños y perjuicios– se plantea, en primer lugar, a la vista de los términos del art. 219 de la LEC, si se pueden considerar incluidas en el precepto las condenas relativas a la reclamación de tales daños y perjuicios, puesto que, a diferencia de lo que acontecía en el art. 360 de la derogada Ley procesal, no vienen mencionadas expresamente en el mismo. La cuestión, en opinión de la doctrina procesalista, merece una respuesta afirmativa por dos órdenes de razones, que podemos sistematizar del modo siguiente:

a) Por el propio fundamento de la norma contenida en el art. 219 de la LEC 1/2000, dirigida a evitar la desnaturalización y el retraso del proceso de ejecución en todo tipo de acciones que puedan conducir a tales resultados, siendo evidente que, dada la frecuencia de las condenas con reserva de liquidación dictadas en procesos dirigidos a la reclamación de daños y perjuicios, también en tales supuestos será necesaria la aplicación de la disposición⁵⁷.

b) Por una razón de coherencia en la interpretación de las normas, pues ya en relación con el art. 360 de la Ley procesal civil anterior (relativo a la “*condena de frutos, intereses, daños o perjuicios*”) consideró el Tribunal Supremo que el citado precepto no contenía una enumeración exhaustiva de acciones, sino que, por el contrario, debía interpretarse en sentido amplio, extendiéndose a todos aquellos supuestos que, *a priori*, no permitían concretar la liquidez de las sumas reclamadas⁵⁸.

Siguiendo el mismo razonamiento, habrá que inferir que también el art. 219 de la Ley procesal vigente debe ser objeto de una interpretación extensiva y entender, por tanto, sujetas a las exigencias que establece de cara a la prohibición de formular condenas con reserva de liquidación, todas las demandas dirigidas a reclamar en juicio el pago de una cantidad de dinero, incluidas, consecuentemente, las reclamaciones de

“Comentario al art. 219”, en AA.VV., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo I, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2000, págs. 1433 y ss.

⁵⁷ En este sentido, DAMIÁN MORENO, J., “Comentario al art. 219”, *Op. et loc. cit.*, pág. 1434.

⁵⁸ *Vid.* STS (Sala 1ª) de 13 de febrero de 1997 (RJ 704) que se remite, a su vez, a la STS de 17 de octubre de 1990 (RJ 7977) de la misma Sala.

daños y perjuicios⁵⁹. Y ello, a pesar de que el mismo cuerpo legal regule en los arts. 712 y siguientes el procedimiento de liquidación de fallos ilíquidos para *“determinarse en la ejecución forzosa el equivalente pecuniario de una prestación no dineraria o fijar la cantidad debida en concepto de daños y perjuicios o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase”*. De hecho, esta contradicción ha sido justificada por GARBERÍ LLOBREGAT como *“una antinomia normativa fruto de la reforma del actual art. 217 LEC (rectius art. 219) en el trámite parlamentario precedente a la aprobación definitiva de la Ley, reforma que, en cambio, no experimentó el texto dedicado al procedimiento de liquidación regulado hoy en los arts. 712 y ss LEC”*⁶⁰.

Resueltas estas cuestiones preliminares corresponde ahora examinar el contenido concreto de la disposición estudiada para averiguar si la misma contiene una prohibición total o una simple restricción a la posibilidad de solicitar, por parte del demandante, y de pronunciar, por parte de los órganos jurisdiccionales, sentencias de condena con reserva de liquidación. La duda se plantea porque el mencionado precepto dispone en sus apartados 1 y 2 que las demandas y, en consecuencia, las sentencias que sobre ellas se pronuncien deben contener la cuantificación exacta del importe reclamado o concedido, o bien la fijación clara y precisa de las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de tal modo que ésta consista en una pura o simple operación aritmética a realizar en la fase de ejecución. Así las cosas, esta última posibilidad de fijación de las bases en la demanda o sentencia dejando para la fase de ejecución la liquidación definitiva podría concebirse como la clave para la admisión de las sentencias de condena con reserva de liquidación, aunque fuese de forma muy restringida. Sin embargo, será precisamente el sentido que se dé a la dicción «pura operación aritmética» el que, a nuestro juicio, incline la balanza hacia la prohibición absoluta o hacia la admisión restringida.

Pues bien, RIBELLES ARELLANO, en coherencia con su consideración de que el art. 219 de la LEC no prohíbe, sino que sólo restringe las sentencias de condena con reserva de liquidación, estima que la expresión «pura operación aritmética» no debe

⁵⁹ Así lo entiende RIBELLES ARELLANO, J.M., “Comentario al art. 219”, en AA.VV., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo I, Iurgium Editores y Atelier Editorial, Barcelona, 2000, págs. 844 y ss.

⁶⁰ GARBERÍ LLOBREGAT, J., “Comentario al art. 219”, en AA.VV., *Los procesos civiles (Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, con formularios y jurisprudencia)*, Tomo 2, Edit. Bosch, Barcelona, 2001, págs. 575 y ss.

interpretarse de forma literal, porque si para concretar en fase de ejecución la liquidación del importe reclamado bastase una simple operación aritmética, sería absurdo que el Juez no la realizase ya en la sentencia, dado que, además, estaría obligado a hacerlo por el propio precepto. Por ello, en opinión de este autor, *“habrá que extremar la precaución a la hora de determinar las bases, de tal suerte que, aun cuando alguno de los parámetros de la liquidación permanezca incierto en sentencia –por ejemplo, número de días de incapacidad o valor medio de mercado de una determinada finca–, una vez concretado, pueda obtenerse con facilidad el importe exacto”*⁶¹.

Por su parte, GARBERÍ LLOBREGAT afirma con rotundidad que la nueva LEC, a través de la disposición comentada, *“prohibe en todo caso la emisión de sentencias con reserva de liquidación”*, por lo que entiende, al tiempo, que *“una liquidación de condena que se desenvuelva única y exclusivamente «en una pura operación aritmética» no merece ser tenida por una verdadera «liquidación»”*⁶².

Por último, el art. 219 de la Ley procesal civil vigente contiene, en su párrafo tercero, la conclusión que se deriva de los mandatos expuestos en los apartados precedentes. Así, señala que *“fuera de los casos anteriores, no podrá el demandante pretender, ni se permitirá al tribunal en la sentencia, que la condena se efectúe con reserva de liquidación en la ejecución. No obstante lo anterior, se permitirá al demandante solicitar, y al tribunal sentenciar, la condena al pago de cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos cuando ésa sea exclusivamente la pretensión planteada y se dejen para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades”*. Esta posibilidad se prevé para aquellos casos en los que el demandante no puede consignar en el escrito de demanda ni la cuantificación del importe reclamado ni las bases para llevar a cabo la liquidación de tal modo que ésta consista en una pura operación aritmética. En tales supuestos, ha de concederse al actor otra alternativa para no incurrir en una hipótesis de denegación de justicia, con la consiguiente vulneración del art. 24 de la CE, alternativa que el art. 219.3 de la LEC concreta en que en un primer pleito se ejercite por parte del actor una pretensión de simple condena al pago de cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos, dejándose para un litigio posterior, igualmente declarativo, las controversias relativas a

⁶¹ RIBELLES ARELLANO, J.M., “Comentario al art. 219”, *Op. et loc. cit.*, pág. 850.

⁶² GARBERÍ LLOBREGAT, J., “Comentario al art. 219”, *Op. et loc. cit.*, págs. 576-577.

la liquidación concreta del importe de la condena. No hay duda que esta opción, aun siendo necesaria para evitar la vulneración de derechos fundamentales, se presenta, por una parte, como contradictoria con el párrafo primero del art. 219, en el que se contiene la prohibición de ejercicio por el demandante de una pretensión meramente declarativa del derecho a percibir la cantidad de dinero, los frutos, las rentas, etc. y, por otra parte, como demasiado gravosa para el propio actor, ya que la condena obtenida a resultas del primero de los procesos no es inmediatamente ejecutable, sino que para serlo está necesitada del pronunciamiento que sobre la liquidación se dicte en el segundo litigio.

A la vista de las opiniones doctrinales expuestas y del tenor literal del art. 219 de la LEC, nuestra opinión acerca del alcance de la regulación contenida en este artículo es que dicho precepto contiene una verdadera prohibición de pretender y de formular sentencias de condena con reserva de liquidación. Así se deriva, a nuestro juicio, de una serie de razones que sistematizaremos del modo siguiente:

1ª) El legislador, en el momento de promulgar la LEC 1/2000, conocía perfectamente la situación a la que había conducido la excesiva permisividad de los órganos judiciales a la hora de interpretar el art. 360 de la LEC anterior, por lo que se propuso acabar con ella. A esta conclusión nos lleva la comparación entre el tenor literal de aquel precepto y la redacción dada al art. 219 en la LEC 1/2000. En efecto, este último emplea un lenguaje más riguroso y, por ello, menos permisivo. Muestra de ello es que el propio precepto excluye de forma expresa la posibilidad de solicitar la determinación del importe de la condena en ejecución de sentencia (apdo. 1º), así como que exige, tanto en la demanda como en la sentencia, una cuantificación exacta del importe de la condena solicitada o impuesta o, de ser ello imposible, una fijación clara y precisa de las bases con arreglo a las cuales efectuar su liquidación, de modo tal que la misma consista en una pura o simple operación aritmética.

En tal sentido, es cierto que el art. 360 de la LEC de 1881 contemplaba la posibilidad de fijar el importe de la condena en ejecución de sentencia, pero no lo es menos que lo hacía con carácter excepcional. Sin embargo, su tenor literal no fue interpretado por los Tribunales con el rigor debido, lo que hizo que lo que era una mera posibilidad excepcional, se convirtiese en la regla general. Pues bien, precisamente para evitar que esto volviese a ocurrir, el legislador del 2000 ha optado por dar una redacción

mucho más rigurosa al art. 219 de la LEC vigente, de manera que no haya lugar a la admisión indiscriminada de una posibilidad que aparece ahora como totalmente inviable. Este carácter riguroso de la redacción del precepto se pone de manifiesto en los adverbios, adjetivos y sustantivos empleados para reforzar las expresiones. Así, ordena cuantificar "*exactamente su importe*" o fijar "*claramente las bases*" (aptdo. 1º), así como establecer "*el importe exacto de las cantidades respectivas*" o fijar "*con claridad y precisión las bases para su liquidación*" (aptdo. 2º).

2ª) La expresión «pura operación aritmética» ha de interpretarse, a nuestro modo de ver, de forma literal, esto es, en el sentido de que sea efectivamente una operación aritmética y no una nueva estimación o valoración de los daños, los cuales han de quedar probados en el curso del proceso. No compartimos, entonces, la opinión de RIBELLES ARELLANO, quien entiende que tal interpretación no es posible porque de tratarse de una simple operación aritmética, el juez debería llevarla a cabo en la sentencia. Precisamente, como el propio autor ejemplifica a continuación, en el momento de dictar la sentencia pueden faltar datos que sean necesarios para llevar a cabo la cuantificación, como por ejemplo, los días totales de incapacidad o el valor medio de mercado de una determinada finca. Pues bien, si las bases han sido fijadas, por ejemplo, si se ha determinado el importe correspondiente a cada día de incapacidad, no hay duda que la determinación de la condena descansará en una simple operación aritmética a realizar en la fase de ejecución, consistente en multiplicar el importe fijado por los días de incapacidad resultantes. Y entendemos que no hay problema en calificar esta operación aritmética como una auténtica liquidación, al contrario de lo que opina GARBERÍ LLOBREGAT, pues a través de ella se consigue concretar el importe de una condena hasta entonces no determinada y, por ello, ilíquida.

3ª) Por último, es igualmente significativo de la intención del legislador de eliminar las denominadas sentencias de condena con reserva de liquidación el hecho de que, ni siquiera en aquellas hipótesis en las que no es posible ni la cuantificación de la condena ni la fijación de las bases precisas para ello de modo que la liquidación consista en una pura operación aritmética, haya previsto el recurso a ese tipo de sentencias. Por el contrario, el aptdo. 3º del art. 219 arbitra un sistema bastante gravoso, tanto para el actor como para la Administración de Justicia, en la medida en que supone una duplicación de procesos declarativos, uno para solicitar la condena al pago y otro para fijar su

importe, sin perjuicio del proceso ejecutivo que quepa entablar con posterioridad. Se trata, por tanto, de no abrir en ningún caso la puerta a la posibilidad de fijación de la condena en la fase de ejecución de sentencia para no correr el riesgo, siquiera remoto, de caer de nuevo en la situación existente bajo el imperio de la anterior regulación.

2.5. Prueba del daño

El anterior requisito de la certeza del daño ha de encontrar su reflejo, en el plano procesal, en la necesidad de que el perjuicio sea probado por parte de quien pretende su reparación. Así se deriva de lo dispuesto en el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, que, al regular la carga de la prueba, prescribe que *“corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención”*.

Como hemos señalado, el daño es el presupuesto fundamental de la responsabilidad civil extracontractual, sin el cual no tendría lugar el efecto jurídico consistente en el nacimiento de la obligación de reparación a cargo del agente y, en consecuencia, su certeza, concretada en los dos extremos antes señalados, ha de ser probada por el perjudicado demandante. En efecto, el incumplimiento de un deber (en el caso de la responsabilidad civil extracontractual, el incumplimiento del deber general de respetar los intereses o las situaciones protegidas por el ordenamiento jurídico —deber manifestado por medio de la expresión latina *neminem laedere*—) no basta por sí solo para dar lugar a la reacción sancionadora que deriva de la concurrencia de responsabilidad civil. Por el contrario, para que dicha sanción, que se concreta en la imposición de una obligación de reparación a cargo del responsable, surja, es preciso que se haya causado un daño, por lo que, en consecuencia, la prueba del mismo aparece como presupuesto necesario e ineludible de su reparación.

Esta prueba, cuya carga corresponde al perjudicado reclamante, puede ser proporcionada a través de cualquiera de los medios admitidos en Derecho y debe estar referida, no sólo a la existencia del daño, sino también a su cuantía, en coherencia con lo señalado en torno a la certeza del perjuicio al amparo del art. 219 de la LEC.

Así las cosas, la jurisprudencia ha insistido desde siempre⁶³, y continúa haciéndolo⁶⁴, en la necesidad de aportar la prueba de los daños y perjuicios cuya reparación se pretende. Es significativa de esta afirmación la STS (Sala 1ª) de 10 de junio de 2000⁶⁵, la cual, citando como apoyo una serie de resoluciones anteriores, señala que *“la jurisprudencia de esta Sala de Casación Civil, con carácter general, declara que no basta el incumplimiento de una obligación para reclamar indemnización de daños y perjuicios, ya que ese incumplimiento no lleva consigo y en todo caso la producción de daños, los que han de ser probados y como derivados del incumplimiento ocasionado”*. Del mismo modo, añade que *“la prueba de los daños reclamados incumbe al actor”*.

No obstante, frente a esta regla general que impone al actor la carga de probar los daños o perjuicios sufridos, nos encontramos con ciertas excepciones:

a) Así, en ocasiones, el Tribunal Supremo ha considerado que ciertos daños, como los que la muerte de una persona produce a sus familiares más directos, se presumen, por lo que la regla que exige la prueba del daño cede en tales hipótesis⁶⁶. Así lo entendió el Alto Tribunal en la STS (Sala 2ª) de 15 de junio de 1989⁶⁷, relativa a la muerte en accidente de circulación de tres jóvenes solteras de 17, 18 y 27 años de edad, en la que afirmó que *“en esta situación y tratándose de daños morales, el dolor que a los padres ha de producir la muerte de los hijos, sobre todo, si es que cabe hacer graduaciones en este sentido, en plena juventud, no necesita ningún tipo de probanza. De esta relación parental fluye, de manera normal y lógica, el daño”*; *“en estos supuestos no rige tampoco la norma según la cual los perjuicios no se presumen y han de demostrarse, regla que cede cuando se produce una situación tan ciertamente dramática y lacerante como a la que se refiere esta causa, en la que están probadas la muerte y la relación*

⁶³ Vid. SSTS (Sala 1ª) de 23 de marzo de 1954 (RJ 1299); 20 de noviembre de 1975 (RJ 4196); 6 de julio de 1983 (RJ 4073) o 8 de octubre de 1984 (RJ 4761).

⁶⁴ SSTS (Sala 1ª) de 5 de marzo de 1992 (RJ 2391); 6 de octubre de 1995 (RJ 7023); 27 de julio de 1999 (R.J.A. 5956) o 20 de noviembre de 2001 (RJ 9461).

⁶⁵ RJ 4407.

⁶⁶ La presunción de los daños, tanto materiales como morales, que la muerte de una persona causa a sus parientes más próximos fue acogida por los Tribunales italianos ya en los años 20. De esta época, en concreto, del 26 de septiembre de 1920, es la sentencia del Tribunal de *Apello de Venezia* que MONTEL cita como ejemplo de dicho presunción en una de sus obras (MONTEL, A., “La legittimazione attiva nell’azione di risarcimento per la morte di una persona”, *Temi Emiliana*, 1930, II, pág. 108, nota nº 1).

⁶⁷ RJ 5123.

*paterno-materno-filial, salvo cualificadas excepciones que no son de aplicación a este supuesto porque no han sido traídas al debate judicial sin duda porque no concurren, como son por ejemplo, los supuestos de abandono". Del mismo modo, la Sala de lo Penal, en STS de 8 de marzo de 1991 volvió a señalar que "como esta Sala ha puesto de relieve insistentemente, en los supuestos de muerte el daño económico y el daño moral, valorable pecuniariamente, no necesitan ser probados porque son consecuencia necesaria del hecho"*⁶⁸.

b) Por su parte, la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen contiene, en su art. 9.3, una presunción de la existencia del perjuicio, la cual se hace derivar de la simple acreditación de la intromisión ilegítima⁶⁹. El precepto no se pronuncia acerca de si tal presunción alcanza a todo tipo de daños derivados de la lesión de los derechos protegidos en la Ley ni acerca de si esa presunción es *iuris tantum* o *iuris et de iure*. Sin embargo, siguiendo las razones aducidas por ROVIRA SUEIRO⁷⁰, entendemos que la presunción legal que se contiene en el art. 9.3 alcanza únicamente al daño moral y es, además, *iuris tantum*, esto es, admite prueba en contrario.

c) Por último, existe una jurisprudencia que considera que en materia de patentes, marcas y competencia desleal cabe presumir la causación de los perjuicios, sin necesidad de razonar sobre las pruebas de su existencia al tenerse éstas por evidentes. Así lo expresa el Tribunal Supremo en diversas sentencias, entre las cuales podemos citar las SSTS (Sala 1ª) de 23 de febrero de 1998 (RJ 1164); 17 de noviembre de 1999 (RJ 8613) y 7 de diciembre de 2001 (RJ 9936).

Esta doctrina jurisprudencial parece haber encontrado reconocimiento normativo en la Ley de Marcas de 7 de diciembre de 2001, cuyo art. 43.5 atribuye al titular de la marca cuya violación hubiera sido declarada judicialmente, en todo caso y sin necesidad

⁶⁸ También la Sala de lo Civil del TS, en un supuesto en el que una madre reclamaba la reparación de los daños morales sufridos a causa de la muerte de su hija, señaló en la sentencia de 15 de febrero de 1994 (RJ 1308) que tales perjuicios "*no precisan de puntual prueba, pues se trata de daño notorio y no necesita exigente demostración. El dolor de la madre es la mejor prueba y su reparación, en su dimensión íntima personal, nunca tendrá compensación suficiente*".

⁶⁹ Art. 9.3: "*La existencia del perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. (...)*".

⁷⁰ ROVIRA SUEIRO, M.E., *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Edit. Cedecs, Barcelona, 1999, págs. 238-241.

de prueba alguna, el derecho a percibir en concepto de indemnización de daños y perjuicios el 1 por ciento de la cifra de negocios realizada por el infractor con los productos o servicios ilícitamente marcados, sin perjuicio de obtener una indemnización superior si prueba que la violación de la marca le ocasionó daños mayores. Es decir, el legislador ha recogido en el precepto citado una presunción de un daño mínimo, concurrente en todos los supuestos de violación de una marca.

3. EL DAÑO COMO OBJETO DE LA REPARACIÓN

En palabras de los italianos BUSNELLI y PATTI, el daño debe ser estudiado, en primer lugar, como efecto del comportamiento ilícito y sólo a continuación desde el plano del resarcimiento, es decir, como objeto de la obligación reparadora⁷¹.

Basándonos en esta observación, nos encontramos con que, junto con la contemplación del daño como efecto de la conducta ajena, existen otras teorías que conceptúan este presupuesto de la responsabilidad civil desde otro punto de vista, el que atiende al resarcimiento. Es decir, se trata de definir el daño a la vista de las consecuencias perjudiciales que deben ser reparadas o, lo que es lo mismo, se trata de contemplar el daño como objeto o medida de la reacción del Ordenamiento jurídico. De esta forma, se concibe el daño como aquello que hay que reparar.

Estas teorías que contemplan el presupuesto «daño» desde la perspectiva del resarcimiento se pueden resumir en tres principales:

3.1. Teoría de la diferencia

El primer intento de definir el daño como objeto de la reacción sancionadora del Ordenamiento se concretó en la llamada *teoría de la diferencia*, elaborada por el alemán MOMMSEN⁷² y defendida principalmente en el país germano. Según esta tesis, el daño

⁷¹ BUSNELLI, F. D. y PATTI, S., *Danno e responsabilità civile*, Op. cit., pág. 11.

En el mismo sentido se pronuncia su compatriota BALDASSARI, cuando afirma: "*Con il termine danno ci si può, dunque, riferire a due concetti differenti: a) da un lato con esso si designa la perdita subita da un soggetto; b) dall'altro con esso si intende l'oggetto dell'obbligazione risarcitoria.*" (BALDASSARI, A., *Il danno patrimoniale*, CEDAM, Padova, 2001, pág. 7).

⁷² MOMMSEN, F., *Zur Lehre von dem Interesse*, Braunschweig, 1855, págs. 3 y ss (citado por RAVAZZONI, A., en *La riparazione del danno non patrimoniale*, Op. cit., pág. 37, nota nº 32).

se presenta como la diferencia existente entre el estado (valor) del patrimonio del dañado tras la producción del daño y el estado en que dicho patrimonio se encontraría de no haberse concretado el evento dañoso.

Consiste esta teoría en realizar un cálculo matemático sobre el patrimonio del sujeto, contemplándolo como entidad abstracta, para considerar como daño el resultado que se obtiene de la resta o sustracción.

Sin embargo, la *teoría de la diferencia*, pese a que inicialmente fue aceptada por la mayor parte de la doctrina alemana⁷³, así como por autores italianos de principios de siglo⁷⁴, fue posteriormente objeto de críticas que condujeron a su práctica total superación. Las críticas formuladas fueron básicamente las siguientes:

a) Se afirmó, en primer lugar, que la *teoría de la diferencia* contempla el patrimonio como una entidad abstracta, haciendo recaer el daño sobre dicha abstracta entidad, cuando, en realidad, el perjuicio afecta a bienes –en nuestra opinión, a intereses– concretos o específicos⁷⁵. Por esta razón, se objetó a la teoría que nos ocupa la elaboración de un concepto abstracto de daño, que no tiene en cuenta la necesaria subjetividad que debe caracterizar a este elemento, al no tomar en consideración las circunstancias singulares del caso concreto⁷⁶. En este sentido, señaló RAVAZZONI que acogiendo la *Differenztheorie* se eliminan de la noción de daño algunos caracteres que le son absolutamente peculiares, pues, en efecto, si se excluye del concepto de daño la

⁷³ Entre los autores alemanes que, además de MOMMSEN, acogieron la teoría de la diferencia podemos señalar a WINDSCHEID, B., *Diritto delle Pandette* (Traducción italiana por FADDA Y BENSA), Torino, 1902; HASENÖHRL, *Das österreichische Obligationenrecht*, Wien, 1892 (citado por RAVAZZONI, A., en *La riparazione del danno non patrimoniale*, *Op. cit.*, pág. 37, nota nº 32); FISCHER, H.A., *Los daños civiles y su reparación*, *Op. cit.*, pág. 18 y ss. o VON THUR, A., *Tratado de las Obligaciones* (Traducción española y concordancias por W. ROCES), Tomo I, Edit. Reus, Madrid, 1934, pág. 58.

⁷⁴ GIORGI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Firenze, 1892, II, pág. 94; CHIRONI, *La colpa extracontrattuale*, Torino, 1906, II, pág. 417 y POLACCO, *Le obbligazioni*, Roma, 1914, pág. 577 (citados nuevamente por RAVAZZONI, A., *La riparazione del danno non patrimoniale*, *Op. cit.*, pág. 37, nota nº 32).

⁷⁵ Esta crítica la formuló SCOGNAMIGLIO, R., voz «Risarcimento del danno», *Op. et loc. cit.*, pág. 6. También se recoge por BUSNELLI, F.D. y PATTI, S., *Danno e responsabilità civile*, *Op. cit.*, pág. 12.

⁷⁶ Así opina Díez-PICAZO, quien afirma que “es cierto que los postulados de la teoría de la diferencia pueden ser en la mayor parte de las ocasiones, un buen criterio de cálculo del daño, pero no suministran en rigor un concepto jurídico suficiente” (DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de daños*, Edit. Civitas, Madrid, 1999, pág. 312-313).

referencia a la utilidad subjetiva se estaría ofreciendo una noción del mismo inadmisibles⁷⁷.

b) Por otro lado, se señaló que la *teoría de la diferencia* identifica el daño únicamente con el perjuicio patrimonial, al hacerlo equivaler a la pérdida de valor que experimenta el patrimonio de una persona a consecuencia del evento dañoso. Así, quedan fuera del concepto de daño ofrecido por esta teoría los perjuicios extrapatrimoniales, los cuales, por afectar a intereses no susceptibles de valoración pecuniaria, no se manifiestan en la forma de una disminución patrimonial⁷⁸.

Lo cierto es que esta circunstancia es fácilmente explicable si se tiene en cuenta que en la época en que la *Differenztheorie* fue formulada sólo los perjuicios irrogados al patrimonio tenían la consideración de daños en sentido jurídico. De hecho, aunque el BGB de 1900 incluyó un precepto, el § 253, por el que se disponía que “*solamente en los casos previstos por la ley podrá reclamarse indemnización en metálico, si el daño inferido no tiene carácter patrimonial*”, esta circunstancia no determinó de modo automático la inclusión de los perjuicios extrapatrimoniales en el concepto jurídico de daño. Por el contrario, algunos autores siguieron considerando que en el Derecho alemán el concepto jurídico de daño, al menos en principio, comprendía solamente los perjuicios irrogados a los bienes integrantes del patrimonio⁷⁹.

En cualquier caso, con el transcurso del tiempo y con más o menos limitaciones según el sistema jurídico de que se tratara, quedó fuera de toda duda la admisión de la

⁷⁷ RAVAZZONI, A., *La riparazione del danno non patrimoniale*, Op. cit., pág. 37.

⁷⁸ Participa de esta crítica SCOGNAMIGLIO, R., en voz «Risarcimento del danno», Op. et loc. cit., pág. 7 y en “Appunti sulla nozione di danno”, Op. et loc. cit., pág. 470. Muestra de ello es la significativa afirmación que vierte en esta última obra, en la que señala, refiriéndose a la teoría de la diferencia, que “*una concezione siffatta (...) riduce arbitrariamente il danno rilevante a quello patrimoniale; e così si contraddice in pieno con il dato reale, incontestabile, che i danni possono colpire altresì la persona, ed i suoi attributi*”. En sentido similar se pronuncian BONILINI, G., *Il danno non patrimoniale*, Op. cit., pág. 53 y, más recientemente, BUSNELLI, F.D. y PATTI, S., en *Danno e responsabilità civile*, Op. cit., págs. 14 y 19.

⁷⁹ Así, mientras que para FISCHER el § 253 del Código Civil alemán pone de manifiesto que “*el «daño patrimonial» no es más que una modalidad del concepto general de daños indemnizables, que abarca también los experimentados en otros bienes jurídicos*”, por lo que postula la reparación de toda clase de daños, incluidos los no patrimoniales (FISCHER, H.A., *Los daños civiles y su reparación*, Op. cit., págs. 2 y 3), VON THUR entiende por daño, contrariamente, “*el menoscabo sufrido por un patrimonio*” y añade que “*las lesiones inferidas a los bienes jurídicos de la personalidad no tienen concepto legal de daños, mientras no afecten al patrimonio*”. Justifica su opinión este último autor en la afirmación de que la suma de dinero que, según el Código, debe abonarse en ciertos supuestos de daño no patrimonial no constituye una verdadera indemnización, sino una satisfacción o compensación que se ofrece al perjudicado. (VON THUR, A., *Tratado de las Obligaciones*, Op. cit., Tomo I, págs. 58 y 88-89).

reparación de los daños no patrimoniales, así como su consiguiente inclusión en el concepto de daño jurídicamente relevante, por lo que la aceptación de la teoría expuesta en la época actual estaría en clara contradicción con dicha admisión.

c) Un tercer grupo de objeciones que se opusieron a la *teoría de la diferencia* se refirieron a su aplicación práctica, de la que derivan una serie de defectos que impiden la apreciación y, por tanto, la reparación del daño efectivamente causado. Estos defectos han sido puestos de manifiesto en nuestra doctrina por PANTALEÓN PRIETO y son, por un lado, la admisión de la relevancia exoneradora de las causas hipotéticas del daño o causalidad alternativa hipotética y, por otro, la admisión de la *compensatio lucri cum damno*⁸⁰ que la teoría de la diferencia conlleva.

Con la primera de las expresiones (causas hipotéticas del daño o causalidad alternativa hipotética) se hace alusión a aquellos sucesos, ya sean naturales, ya resultado de la conducta de un tercero o, incluso, del mismo sujeto responsable –actuando, esta vez, de forma legítima–, que se superponen al hecho dañoso del que deriva la responsabilidad civil del culpable y que, en defecto de este último evento, darían lugar al mismo resultado perjudicial para los intereses del sujeto dañado. Es indiferente que el evento constitutivo de la causa hipotética del daño concorra simultáneamente con el hecho dañoso que es fuente de responsabilidad o tenga lugar de forma sucesiva, siempre y cuando se materialice antes de que el primero sea indemnizado.

Respecto de estas causas hipotéticas se plantea su posible eficacia exoneradora de la responsabilidad del autor del hecho dañoso antijurídico, habida cuenta que, si este último fuese suprimido de la realidad material, el daño seguiría existiendo para el perjudicado en virtud del evento constitutivo de la causa hipotética. Es evidente que la teoría de la diferencia, en su formulación pura, admite la relevancia exoneradora de tales causas, ya que al comparar el estado del patrimonio tras el daño causado por el tercero con el estado en que el mismo se encontraría de no acontecer ese hecho dañoso, resulta que la situación del acervo patrimonial es idéntica en ambos momentos, porque la lesión de los intereses del perjudicado existe, ya se tenga en cuenta la conducta ajena dañosa, ya se suprima ésta. Ello sería así porque, de no existir el hecho dañoso culpable,

⁸⁰ PANTALEÓN PRIETO, F., “Comentario al art. 1902 CC”, en *Comentario del Código Civil*, Vol. II, Ministerio de Justicia, 1991, pág. 1989.

el perjuicio se habría producido igualmente a través de la materialización del evento constitutivo de la causa reserva, lo cual impediría apreciar cualquier diferencia patrimonial y, en consecuencia, haría negar la existencia de daño resarcible.

Sin embargo, tal eficacia exoneradora de las causas hipotéticas o causas reserva que la *teoría de la diferencia* reconoce con la máxima amplitud, suele ser negada por la doctrina, lo cual nos parece lógico y correcto, en la medida en que el derecho a la reparación nace a favor del perjudicado en el mismo instante en que el daño antijurídico se manifiesta como consecuencia de la conducta del culpable, al margen, por tanto, de los acontecimientos que en el mismo instante o sucesivamente tengan lugar.

El segundo supuesto problemático, a juicio de PANTALEÓN⁸¹, es el de la admisión por parte de la *Differenztheorie* de la *compensatio lucri cum damno*. Con esta expresión latina se designa la operación que, a juicio de algunos autores, debe llevarse a cabo para una correcta determinación del daño resarcible en aquellas hipótesis en las que el evento dañoso, junto con las consecuencias perjudiciales, genera beneficios o ventajas para el sujeto. Se dice que, en tales supuestos, una determinación del daño resarcible que no tuviera en cuenta los beneficios que derivan del hecho generador de responsabilidad para reducir la cuantía del resarcimiento por medio de una compensación entre ambos conceptos, conduciría necesariamente a un enriquecimiento injusto del reclamante.

Pues bien, aun sin entrar a valorar en esta sede la idoneidad o no de la *compensatio lucri cum damno*, sí debemos señalar que la misma, en caso de ser aceptada, habrá de limitarse a aquellos supuestos en los que tanto los perjuicios como las ventajas sean consecuencia directa e inmediata del mismo hecho, por lo que, sin duda, habrán de excluirse de la compensación los beneficios que procedan de títulos distintos del derecho a la reparación⁸². Sin embargo, la teoría de la diferencia admite la *compensatio lucri cum damno* sin establecer limitación alguna, lo que conduce a resultados erróneos.

⁸¹ Comparte su opinión DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, *Op. cit.*, pág. 314.

⁸² Así lo pone de manifiesto DÍEZ-PICAZO para dejar a salvo de la *compensatio* los derechos hereditarios que derivan de la muerte de un ser querido o las indemnizaciones que se perciben en virtud de un seguro (DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, *Op. cit.*, pág. 320-321).

d) Una última objeción a la teoría de la diferencia la hallamos en la doctrina portuguesa. Guarda relación dicha objeción con las formas de reparación del perjuicio porque, efectivamente, entienden los autores portugueses que en la medida en que el daño consiste, según la teoría de la diferencia, en una disminución del patrimonio del perjudicado, la forma de reparación procedente, conforme a dicha teoría, consistirá en la entrega de una suma de dinero destinada a cubrir la diferencia patrimonial provocada por el evento dañoso. Sin embargo, desde el momento en que la reparación se dirige a colocar al perjudicado en una situación lo más parecida posible a aquella en la que se encontraría si el hecho dañoso no hubiera tenido lugar, se entiende que el medio más idóneo para conseguir dicho objetivo no es la reparación por equivalente pecuniario, sino la reparación en forma específica o *in natura*, que exige tomar en consideración la realidad concreta del daño sufrido por el perjudicado y no una mera diferencia abstracta o matemática del valor de su patrimonio. Por ello, la teoría de la diferencia no se compadece bien con la reparación en forma específica, pues limita los modos de resarcimiento del daño al consistente en una indemnización económica⁸³.

Teniendo en cuenta las críticas expuestas, difícilmente superables, y, a pesar de que la teoría de la diferencia ha sido acogida alguna que otra vez por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo –siempre, como no podía ser de otro modo, en hipótesis relativas a perjuicios patrimoniales–⁸⁴, podemos afirmar, con carácter general, que la teoría de la diferencia ha sido abandonada por la doctrina actual, que a la hora de contemplar el daño desde el plano del resarcimiento, suele optar por alguna de las dos teorías siguientes: la que alude a la concepción objetiva del daño o la que postula una concepción subjetiva o real-concreta del mismo.

3.2. Concepción objetiva del daño

De acuerdo con la *concepción objetiva del daño*, la medida del resarcimiento tendrá que ser equivalente al valor objetivo o de mercado que corresponda al bien dañado. Esta concepción del daño que, a juicio de DE CUPIS, corresponde a una mentalidad jurídica

⁸³ En tal sentido, *vid.* GOMES DA SILVA, M., *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Lisboa, 1944, pág. 120 y CASTRO MENDES, J., *Do conceito jurídico de prejuízo*, Edit. Jornal do Fôro, Lisboa, 1953, pág. 15.

⁸⁴ *Vid.* SSTS (Sala 1ª) de 10 de enero de 1979 (RJ 18); 28 de abril de 1992 (RJ 4466) y 2 de abril de 1997 (RJ 2727).

primitiva⁸⁵, presenta una serie de caracteres que, por estar en contradicción con nuestra noción de daño jurídico, desaconsejan su adopción, al menos, como regla general.

En efecto, entre las contradicciones apuntadas nos encontramos, en primer lugar, con la que resulta de contemplar como objeto del daño los bienes en lugar de los intereses. Ya hemos hecho constar que, a nuestro modo de ver, y por la fundamental razón de que el Derecho tutela intereses y no bienes⁸⁶, constituye presupuesto de la noción jurídica de daño la lesión de un interés humano. El simple menoscabo o destrucción de un bien no constituye por sí solo un daño, en el sentido jurídico del término, si el mismo no va acompañado de la vulneración y afectación de un interés humano jurídicamente tutelado.

Por otro lado, en esta concepción objetiva de daño están englobados únicamente los perjuicios patrimoniales, con exclusión, nuevamente, de los no patrimoniales. Así se desprende de la referencia que se hace al valor objetivo o de mercado de los bienes destruidos o menoscabados. Ese valor objetivo o de mercado se identifica con el valor en venta o valor de cambio, el cual es entendido como el que corresponde a la posibilidad de obtener una determinada suma de dinero a cambio de un bien⁸⁷. Sin embargo, tal valor ha de atribuirse en exclusiva a los bienes materiales, ya que los inmateriales o no patrimoniales no son susceptibles de enajenación, como tampoco lo son de valoración pecuniaria. Carecen, en consecuencia, de valor objetivo, por lo que, en ningún caso, estarán comprendidos en la noción de daño que nos ocupa, resultando que la misma será incompleta o parcial, al contemplar tan sólo una parte de los daños que se estiman relevantes desde el punto de vista jurídico.

⁸⁵ En efecto, DE CUPIS explica el paso de un concepto objetivo de daño a uno subjetivo señalando que el primero corresponde a una fase primitiva del Derecho, en la que no era posible tomar en consideración las distintas y variadas circunstancias que llegan a determinar que un mismo hecho dañoso produzca consecuencias diferentes según la persona a la que afecte. Por esta razón, esa mentalidad jurídica primitiva, en lugar de tomar como referencia para la determinación de la medida del daño la noción de interés, recurre a la de bien, puesto que es más sencillo determinar el valor objetivo de un bien en su abstracta idoneidad para satisfacer necesidades humanas que valorar el concreto interés que ese bien puede suponer para cada uno de los sujetos en particular. (DE CUPIS, A., *El daño*, *Op. cit.*, págs. 344-346)

⁸⁶ También lo entiende así el portugués CASTRO MENDES, J., *Do conceito jurídico de prejuízo*, *Op. cit.*, pág. 17.

⁸⁷ DE CUPIS, A., *El daño*, *Op. cit.*, pág. 349.

Ya por último, resulta que, adoptando una concepción objetiva de daño, no se repara el perjuicio efectivamente causado, porque éste –aun cuando se contemple solamente el patrimonial, económico o material– no siempre coincide con el valor objetivo de los bienes menoscabados o destruidos, sino que, en ocasiones, puede ser superior o inferior a éste en función de la utilidad que dicho bien reporte al concreto individuo, es decir, en función del específico interés que resulte lesionado.

3.3. Concepción subjetiva o real-concreta

Todo lo anterior nos conduce irremediablemente a la adopción de una *concepción subjetiva de daño* que sirva como criterio general para la determinación de la medida de la reparación. De acuerdo con esta concepción, para la determinación de la medida del daño resarcible es preciso tener en cuenta el específico interés humano lesionado. Y esta idea del interés, que está impregnada de un eminente matiz subjetivo, nos obliga a tomar en consideración las concretas circunstancias que rodean al sujeto perjudicado. Como señala RAVAZZONI, la necesaria subjetivación del daño consiste en contemplar la realidad desde la posición del sujeto dañado, de modo que se tenga en cuenta el nuevo estado de cosas resultante del evento dañoso, pero no en sí mismo considerado, sino con relación al sujeto que resulta afectado por dicho estado de cosas⁸⁸. Sólo de este modo se logrará determinar el verdadero daño sufrido por el perjudicado, pudiendo así proceder a su íntegra reparación.

Esta postura es básicamente la que acepta PANTALEÓN –en relación con el daño patrimonial–, si bien este autor la matiza y elabora un concepto de daño formado por la conjunción de dos perspectivas diferentes. En efecto, la noción de daño que postula es, a

⁸⁸ RAVAZZONI, A., *La riparazione del danno non patrimoniale*, *Op. cit.*, pág. 49.

La misma opinión que RAVAZZONI es sostenida, mucho más recientemente, por sus compatriotas GIANNINI, G. y POGLIANI, M., quienes aclaran que la consideración de las concretas características concurrentes en el sujeto dañado es necesaria para valorar toda clase de perjuicios, esto es, no sólo los extrapatrimoniales, sino también los económicos o patrimoniales, pese a que, en relación con estos últimos, el valor comercial de la cosa dañada o destruida constituya un elemento prevalente (GIANNINI, G. y POGLIANI, M., *Il danno da illecito civile*, *Op. cit.*, pág. 22).

En relación con estos últimos bienes, los económicos o patrimoniales, sostuvo TEDESCHI una posición intermedia entre la teoría de la diferencia y la concepción subjetiva del daño, porque, si bien definía el daño como “*la differenza, la diminuzione di valore, tra il patrimonio quale sarebbe se l'evento dannoso non fosse intervenuto e quello che ora esso è*”, señalaba, seguidamente, que “*il danno viene così subbiettivamente inteso, identificandosi con l'interesse che il danneggiato avrebbe a non aver subito il danno, interesse che può per avventura coincidere con la aestimatio rei, ma che sarà normalmente diverso, di solito maggiore, talvolta anche minore*” (TEDESCHI, G., “*Il danno e il momento della sua determinazione*”, *Riv. Dir. Priv.*, 1933, I, pág. 273).

la vez, subjetiva, pues tiene en cuenta las específicas circunstancias que concurren en el concreto dañado, y real-concreta, de modo tal que, según sus propias palabras, "*parta de los singulares factores de daño, cada uno de ellos «daño en sí» (fenómeno real al que no pueden «sacar del mundo» acaeceres hipotéticos)*"⁸⁹. A nuestro modo de ver, PANTALEÓN introduce en el concepto de daño esta perspectiva real-concreta para eludir los problemas que, a consecuencia de la comparación entre dos situaciones patrimoniales globales, planteaba la teoría de la diferencia, problemas que se concretaban en la excesivamente amplia admisión de la eficacia exoneradora de los cursos causales hipotéticos y de la *compensatio lucri cum damno*. Así, a través de un concepto de daño que, además de subjetivo, sea real-concreto, es decir, tenga en cuenta el daño en cuanto hecho concreto de la realidad considerado de forma aislada frente a posibles eventos que sobre el mismo puedan influir, es posible determinar el perjuicio efectivamente causado al sujeto que lo padece⁹⁰.

De este modo, es posible apreciar cómo, contemplando el daño en su dimensión real-concreta, el ámbito de aplicación de la *compensatio lucri cum damno* se reduce a niveles más razonables que los que derivan de la teoría de la diferencia. Veámos, al exponer esta teoría, que era preciso establecer límites a la *compensatio*, de modo que la misma sólo fuese operativa en las hipótesis en las que el lucro, beneficio o ventaja derivase del mismo hecho productor del perjuicio. Pues bien, aplicando la tesis de PANTALEÓN ese límite es respetado al contemplarse el daño como un evento fáctico independiente o aislado de otros posibles eventos, lo que hace posible afirmar la compatibilidad entre la indemnización de daños y perjuicios y las sumas procedentes de un seguro de accidentes o de vida, así como la compatibilidad entre dicha indemnización y las prestaciones satisfechas por la Seguridad Social⁹¹.

Lo mismo cabe decir en relación con las causas hipotéticas del daño, cuya eficacia exoneradora de la responsabilidad del demandado no niega PANTALEÓN, si bien la

⁸⁹ PANTALEÓN PRIETO, F., "Comentario al art. 1902 CC", *Op. et loc. cit.*, págs. 1990-1991.

⁹⁰ Aceptan el concepto elaborado por PANTALEÓN, DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, *Op. cit.*, pág. 673; Díez-PICAZO, L., *Derecho de daños*, *Op. cit.*, pág. 314 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Edit. Dykinson, Madrid, 2001, pág. 145.

⁹¹ Con la teoría de la diferencia no importaba que, en tales supuestos, las sumas recibidas tuvieran su causa en las primas satisfechas por el perjudicado a la Compañía aseguradora y a la Seguridad Social, respectivamente. Lo único relevante era la comparación entre las dos situaciones patrimoniales globales, de modo tal que si dicha comparación no arrojaba saldo negativo, se excluía la reparación, pues se consideraba que no había existido daño.

limita a aquellos supuestos en los que el evento causal hipotético, siempre que se hubiera manifestado ya en el momento de la destrucción de la cosa por el hecho dañoso del culpable, hubiera producido, en defecto de éste y poco más tarde, el mismo resultado perjudicial. Un ejemplo señalado por el autor es el relativo a aquél supuesto en el que, en el momento en que la víctima falleció o quedó incapacitada para el trabajo por culpa del demandado, la misma estaba ya afectada por una enfermedad que inevitablemente hubiera producido el mismo resultado un tiempo después. Esta limitación de la eficacia exoneradora de las causas reserva o causas hipotéticas supone una notable divergencia respecto de lo que ocurría con la *teoría de la diferencia*, la cual tenía en cuenta, a efectos de la liberación de la responsabilidad del culpable, cualquier curso causal hipotético, con tal de que el mismo se manifestase antes del momento del pago de la indemnización, sin exigir, por tanto, que el mismo se hubiera manifestado con anterioridad al hecho dañoso llevado a cabo por el responsable.

En conclusión, todo apunta a la necesidad de tener en cuenta las específicas circunstancias concurrentes en el sujeto perjudicado, las cuales pueden determinar, tanto que el perjuicio sufrido por éste sea distinto del que sufriría otra persona a consecuencia del mismo hecho dañoso, como que, tratándose de daños patrimoniales, el daño padecido por el perjudicado pueda ser coincidente, pero también superior o inferior al valor de mercado del bien que ha resultado destruido o deteriorado⁹².

En tal sentido, es significativo el ejemplo recogido por YZQUIERDO TOLSADA para explicar la diferencia entre *daño común*, esto es, el que experimentaría cualquier persona a consecuencia del hecho dañoso, y *daño propio*, entendiendo por este último el que soporta una persona concreta en función de sus particulares circunstancias. Señala el autor, refiriéndose a un supuesto de responsabilidad contractual, pero válido igualmente para ejemplificar cualquier hipótesis de responsabilidad aquiliana, que, en el caso de falta de entrega por el vendedor de un refrigerador, el daño común estará representado por la diferencia de su valor de reposición si éste hubiera aumentado. Sin embargo, en el caso de que el comprador fuese un comerciante de helados, su daño, daño propio, vendría determinado por la imposibilidad de realizar su negocio⁹³. La conclusión a la que nos lleva el ejemplo propuesto es que, si lo que se pretende con la

⁹² Así lo entiende también DE CUPIS, A., *El daño*, Op. cit., pág. 349.

⁹³ YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad...*, Op. cit., pág. 144.

institución de la responsabilidad civil es reparar el perjuicio realmente causado, es preciso atender para su determinación al daño propio o subjetivo, es decir, al sufrido por el concreto dañado en función de las circunstancias específicas que concurren en su persona.

III. SIGNIFICADO DE LOS TÉRMINOS «DAÑO» Y «PERJUICIO»

Habiendo analizado las circunstancias o requisitos que determinan la relevancia del daño a los efectos de la responsabilidad civil extracontractual, así como la noción que debe atribuirse al mismo cuando se contempla como aquello que hay que reparar, queda suficientemente delimitada la noción de daño que, a tales efectos jurídicos, debe ser tomada en consideración.

Sin embargo, se plantea todavía una cuestión importante: la de precisar si los términos «daño» y «perjuicio», que hasta aquí hemos utilizado de forma indistinta, pueden ser empleados efectivamente como sinónimos, en el sentido que acabamos de apuntar, o si, por el contrario, cada uno de ellos alude a distintas realidades.

Observando nuestro Código Civil y otros Códigos afines a él, advertimos que el legislador utiliza ambos términos, en ocasiones, de forma conjunta y, otras veces, alternativamente, por lo que se hace preciso determinar si lo hace con el mismo o con distinto significado. Algunos autores, tanto españoles como extranjeros, han considerado que los codificadores civiles, al emplear la expresión «daños y perjuicios» lo hicieron a modo de pleonismo, con la única finalidad de embellecer la exposición⁹⁴. Para ellos, la explicación al uso de vocablos y locuciones distintas aludiendo a un

⁹⁴ En nuestra doctrina, considera que el Código Civil emplea como sinónimos los términos «daño» y «perjuicio» SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad...*, *Op. cit.*, pág. 150.

En la doctrina portuguesa, GALVÃO TELLES afirmó que la utilización conjunta de las palabras «perdas e danos» es pleonástica (GALVÃO TELLES, I., *Manual de Direito das Obrigações*, Tomo I, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1965, pág. 204) y, más recientemente y a la luz del CCPor. vigente de 1966, PESSOA JORGE puso de manifiesto la variada terminología empleada por la ley, por la doctrina y por la práctica jurídica para referirse al daño, indicando, finalmente, que "o novo Código (Civil) fala indistintamente de prejuízo e de dano" (PESSOA JORGE, F., *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Livraria Almedina, Coimbra, 1995, pág. 372).

En la doctrina francesa calificó también de pleonismo el uso de la expresión «dommages et intérêts», PLANIOL, M., en *Traité élémentaire de Droit Civil*, Tomo II, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1949, núm. 744, pág. 255.

mismo significado se halla en una razón puramente lingüística, apartada de toda justificación jurídica, que se concreta en el propósito de conseguir una lectura más ágil de los diversos preceptos del Código evitando la monotonía que generaría una excesiva reiteración de un mismo término para aludir a una misma realidad.

Por nuestra parte, no conformes con la explicación apuntada, hemos procedido a un examen pormenorizado del Código Civil español. Del mismo resulta que el codificador utiliza la expresión «daños y perjuicios» en los siguientes preceptos: Arts. 220, 229, 360, 379, 511, 562, 690, 712, 715, 1101, 1106, 1107, 1108, 1122, 1135, 1150, 1270, 1298, 1486, 1489, 1540, 1556, 1559, 1571, 1591, 1625, 1686, 1718, 1729, 1769, 1838.4º y 1903. Asimismo, aunque con menos frecuencia que la expresión citada, encontramos en el Código otra similar, la que alude a los «daños e intereses». Esta expresión, que aparece en los arts. 1124, 1147, 1152, 1478.5º y 1488, nos recuerda, todavía más si cabe que la anterior, a la empleada por el legislador civil francés, que hace referencia a los «*dommages et intérêts*» (v. gr., arts. 1146 a 1153 CCFr.). Por otra parte, se hace mención exclusiva a los «daños» en los artículos 576, 590, 612, 1023.3º, 1063, 1390, 1393.2º, 1752, 1784, 1902, 1904, 1906, 1907, 1908, 1909 y 1910, mientras que los artículos 382, 383, 493, 520, 564, 577, 587, 588, 1295, 1779, 1889 y 1893 hacen referencia únicamente a los «perjuicios». También alude al «perjuicio» la Base 21 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 cuando regula los cuasi contratos. Y, por si fuera poco, la cuestión se complica todavía más desde el momento en que nos encontramos con preceptos en los que se emplean expresiones diversas. Así ocurre en el art. 1077, en el que se habla de «daño» en el párrafo primero y de «perjuicio» en el segundo; o en el 1122, donde el legislador habla en un párrafo de «resarcimiento de daños y perjuicios» y en otro, de «indemnización de perjuicios». Otro tanto cabe decir del art. 1905, que alude a «perjuicios» y a «daño» o del art. 1903, en el que se recogen en distintos párrafos tres de las expresiones que nos ocupan: «daños» (párrafo segundo), «perjuicios» (párrafo cuarto) y «daños y perjuicios» (párrafo quinto).

De este examen, es posible concluir que en todos aquellos casos en los que se utiliza la expresión «daño» o la expresión «perjuicio» de forma aislada, tal expresión ha de ser entendida en un sentido amplio, esto es, como comprensiva de cualesquiera daños que puedan causarse. En cambio, cuando la empleada es la locución «daños y perjuicios» parece que el codificador ha querido identificar el daño con el daño

emergente y el perjuicio con el lucro cesante. El argumento decisivo que nos conduce a tal conclusión es la lectura del art. 1106 del CC, que utiliza la expresión «daños y perjuicios» para definir, a continuación, los conceptos que se comprenden en la indemnización y que no son otros que el daño emergente o “*valor de la pérdida que haya sufrido*” y el lucro cesante o “*el de la ganancia que haya dejado de obtener*” el acreedor o perjudicado. Parece, por tanto, que este precepto establece una correlación o correspondencia entre daño/daño emergente, por un lado, y perjuicio/lucro cesante, por otro.

Esta tesis se confirma cuando contemplamos los antecedentes legislativos del Derecho patrio. Así, acudiendo al Proyecto de GARCÍA GOYENA, nos encontramos con el art. 1015, antecedente del definitivo art. 1106 del CC. En el breve comentario que el ilustre jurista le dedica, nos parece significativa la remisión que realiza a las Partidas, puesto que de forma expresa equipara los términos en ellas contenidos («daños e menoscabos») con las expresiones que, aludiendo al daño emergente y al lucro cesante, aparecen recogidas en el Digesto. Es decir, el daño lo hace equivaler al “*quantum mihi abest*” o daño emergente y el menoscabo, al “*quantumque lucrari potui*” o lucro cesante⁹⁵.

Además, remontándonos a las propias Partidas, a través de las cuales se produjo en España la recepción del *Ius Commune*, hallamos argumentos a favor de la posibilidad de emplear las expresiones «daño» y «perjuicio», indistintamente, en sentido amplio o en sentido estricto.

En concreto, la Partida V, Título VI, Ley III utiliza las expresiones «daños e menoscabos» en un sentido estricto, de modo que los primeros se hacen equivaler al daño emergente y los segundos, al lucro cesante. Así lo evidencia la traducción que la propia Ley realiza del término «menoscabos» por el vocablo latino *interesse*⁹⁶. En este sentido estricto se pronuncia igualmente la Partida VII, Título XV, Ley XIX, cuando señala que “*(...) aquel que daño fiziere en otra cosa semejante, non es tenuto solamente*

⁹⁵ GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del CC español*, Zaragoza, 1974, pág. 543.

⁹⁶ “*(...) puede pedir al juez, que le mande a la otra parte quel cumpla el cambio, o quel peche los daños, e los menoscabos, que le vinieron por aquello que no quiso complir (...) E estos menoscabos a tales llaman en latin interesse*”.

de fazer emienda de aquella cosa que empeorasse o matasse. Mas aun le deve fazer emienda del menoscabo que se sigue al señor por razon de aquella cosa quel matassen''.

Por su parte, emplea la expresión «daño» en un sentido amplio la Partida VII, Título XV, Ley I, cuando define el daño como *"empeoramiento, o menoscabo o destruymiento que ome rescibe en si mesmo, o en sus cosas por culpa de otro"*. Frente a esta utilización amplia del término «daño», el glosador GREGORIO LÓPEZ pone de relieve el otro sentido del término: el sentido estricto que lo hace equivaler a daño emergente. Dice, literalmente: *"c) Daño es. Adde. l. 3. ff. de damno infecto. ubi vid. glo. Bart. et doctores, et damnum dicitur sentire, qui patitur diminutionem patrimonii, non qui perdit lucrum non radicatum, et perfecte acquisitum"*.

En consecuencia, el examen de las fuentes históricas nos conduce a la conclusión arriba apuntada, que nos lleva, por tanto, a rechazar la explicación que justifica la utilización de la expresión «daños y perjuicios» como un simple pleonismo.

CAPÍTULO II

CLASES DE DAÑOS RESARCIBLES

I. DAÑOS PATRIMONIALES Y NO PATRIMONIALES

1. RELEVANCIA DE LA DISTINCIÓN

Por lo que se refiere a la clasificación de los daños que dan lugar a responsabilidad civil, la distinción entre daños patrimoniales y no patrimoniales es, sin lugar a dudas, la que ha alcanzado mayor relevancia teórica y práctica⁹⁷. Así lo pone de manifiesto el hecho de que todos los autores que abordan el tema de la responsabilidad civil de forma más o menos general aluden a la susodicha distinción, al tiempo que muchos de ellos evitan entrar en consideraciones sobre otro tipo de clasificaciones, como la relativa a los daños presentes y futuros o a los directos e indirectos, y cuando se deciden a tratarlas lo suelen hacer de forma meramente superficial⁹⁸.

Esta circunstancia guarda relación con la trascendencia práctica que la aludida clasificación presenta frente a las otras, puesto que de la calificación de un daño como patrimonial o no patrimonial va a depender, en gran medida, el recurso a una o a otra forma de reparación, así como los criterios empleados para llevar a cabo la valoración pecuniaria del perjuicio a los efectos de la reparación por equivalente.

En efecto, la reparación en forma específica o *in natura* cumple su función primordialmente en el campo de los daños patrimoniales, resultando menos adecuada por lo que a los perjuicios inmateriales se refiere. Ello se explica en razón de la diversa naturaleza de los intereses que constituyen el objeto de una y otra clase de daños. En

⁹⁷ Una postura particular es la defendida por el colombiano HENAO, que considera erróneo clasificar el perjuicio en patrimonial y extrapatrimonial. En su opinión, “es imposible concebir un daño que afecte un bien que se encuentre fuera del patrimonio, es decir, que sea «extrapatrimonial»”, porque “si patrimonio es el «conjunto de bienes y de obligaciones de una persona», y si bien es, (...), «todo derecho subjetivo patrimonial», los daños sólo pueden afectar el patrimonio”. Considera este autor, entonces, que “lo que ocurre es que los mal llamados «daños extrapatrimoniales», (...), no tienen una naturaleza económica porque no tienen un valor de cambio medible en dinero, lo cual no implica que supongan la lesión de derechos que se encuentren por fuera del patrimonio”, por lo que considera preferible la clasificación entre daños materiales y daños no materiales o daños materiales y daños inmateriales (HENAO, J.C., *El daño...*, Op. cit., pág. 192-193).

⁹⁸ Es el caso de DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, Op. cit.; DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, Op. cit. o ROCA TRÍAS, E., *Derecho de Daños, Textos y materiales*, 3ª ed., Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

efecto, consistiendo esta forma de reparación en la compostura, reposición o sustitución del bien o derecho dañado, no hay duda que la misma será mucho más adecuada frente a los perjuicios patrimoniales que frente a los inmateriales, ya que estos últimos afectan, por lo general, a intereses o derechos pertenecientes al intimismo de la persona que los sufre y, por tal razón, suelen considerarse irreparables e insustituibles⁹⁹.

Por su parte, la reparación por equivalente se admite sin problemas en relación con los daños patrimoniales, mientras que su admisión con respecto a los extrapatrimoniales fue el resultado de una compleja evolución doctrinal y jurisprudencial y, aunque aceptada hoy de modo prácticamente unánime, sigue suscitando cuestiones, como la relativa al modo de proceder a su valoración. La razón de ese inicial rechazo de la reparación pecuniaria de los perjuicios no patrimoniales se basaba en la circunstancia de que, frente a los perjuicios materiales, que son susceptibles de una valoración objetiva sobre la base de criterios de mercado, los daños extrapatrimoniales escapan a una valoración directa, ya que los intereses afectados no son, en principio y directamente, traducibles a términos pecuniarios. De ahí que hayan de buscarse criterios adecuados que hagan posible en cada caso la fijación de la indemnización respectiva, búsqueda que no está exenta de problemas y de discrepancias doctrinales y jurisprudenciales¹⁰⁰. Todo lo cual constituye un motivo más para que dicha clasificación de los daños y perjuicios acapare la atención de los autores.

⁹⁹ Esta afirmación general encuentra algunas excepciones. Así, si bien la reparación natural suele ser adecuada y suficiente para restaurar la situación en el supuesto de daños patrimoniales, no siempre sucede así. Pensemos, por ejemplo, en una antigüedad u obra de arte única que resulta destruida a causa del incendio del local en el que se encontraba depositada cuando dicho incendio es imputable a la culpa de un tercero. En tales hipótesis no cabe la sustitución del bien destruido por otro de iguales características, no quedando más remedio que acudir a la reparación por equivalente.

Igualmente, en relación con los daños extrapatrimoniales, la general inadecuación de la reparación específica puede encontrar excepciones, aunque esta vez más discutidas, pues dicho modo de reparación, aun cuando puede ser posible, suele ser insuficiente. Pese a ello, algunos de los primeros ejemplos de la reparación natural de este tipo de perjuicios nos los ofrece HEDEMANN, a través de dos casos extraídos de la jurisprudencia alemana. Uno de ellos se refiere a la obtención ilícita de fotografías del cadáver de Bismarck, que se solventó con la imposición a los fotógrafos de la obligación de entregar las placas y los positivos. El segundo ejemplo alude a la conducta de una esposa que abría las cartas de su marido, las copiaba y las volvía a cerrar. Este último caso concluyó con la condena a la esposa a entregar las copias a la autoridad judicial para proceder a su destrucción [HEDEMANN, J.W., en *Tratado de Derecho Civil*, Vol. III, *Derecho de obligaciones* (Traducción española por JAIME SANTOS BRIZ), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pág. 120].

¹⁰⁰ Efectivamente, los criterios utilizados por la jurisprudencia para efectuar la valoración de este tipo de daños no siempre han sido juzgados en sentido positivo por parte de los autores. Así, ha planteado dudas el criterio consistente en tomar en consideración la capacidad económica del responsable o la del perjudicado o el que tiene en cuenta el grado de culpabilidad del dañador. Asimismo, ha sido objeto de debate algún que otro criterio para la valoración del daño moral introducido por el propio legislador en Leyes particulares. Nos referimos, en concreto, a aquél que gradúa la indemnización en función del beneficio que el responsable hubicra obtenido con motivo de la realización de la conducta dañosa.

Pero los problemas que plantea esta distinción no acaban aquí, puesto que, junto a los daños propiamente patrimoniales y a los no patrimoniales, nos encontramos con otros cuya adhesión a una de estas dos categorías no es tan sencilla: se trata, en primer término, de los llamados «daños patrimoniales indirectos» o «daños morales impropios», los cuales se caracterizan porque, recayendo directamente sobre intereses inmateriales del sujeto, causan al mismo tiempo perjuicios en su patrimonio; y, en segundo lugar e inversamente, cabe hablar de una serie de daños extrapatrimoniales que derivan de forma mediata de perjuicios económicos o patrimoniales y que se traducen, en la mayoría de los casos, en perturbaciones anímicas, tales como disgusto, desánimo, desazón, etc¹⁰¹.

2. DISTINCIÓN ENTRE DAÑOS PATRIMONIALES Y DAÑOS NO PATRIMONIALES

Teniendo presente que, de acuerdo con la concepción de los daños que aquí hemos defendido, los mismos recaen sobre intereses humanos jurídicamente tutelados, es posible clasificarlos en función del tipo de interés sobre el que recaen¹⁰². De este modo, serán daños patrimoniales aquéllos que afecten a intereses de tal naturaleza, mientras que los daños no patrimoniales serán, por oposición, los que recaigan sobre intereses inmateriales del sujeto.

Acogiendo esta concepción, según la cual la naturaleza del interés lesionado determina la del daño producido, se evidencia que carece de sentido hablar de «daños patrimoniales indirectos» o «daños morales impropios», porque los mismos serán considerados como patrimoniales o extrapatrimoniales tomando como base exclusiva la naturaleza del interés sobre el que recaen, siendo indiferente la circunstancia de que los mismos concurren o no con otros perjuicios de naturaleza diversa. Es decir, en estas hipótesis en las que del mismo hecho dañoso se derivan atentados a intereses

¹⁰¹ Como ejemplo de los primeros podemos señalar la lesión al honor de un comerciante, daño extrapatrimonial por excelencia, del que frecuentemente se derivan daños patrimoniales mediatos vinculados a la consiguiente pérdida de clientela. En cuanto a los daños no patrimoniales que pueden emanar de la lesión de bienes económicos, podemos mencionar, a modo de ejemplo, la pena o disgusto que sufre el perjudicado por la destrucción de un libro dedicado por su autor, al cual admiraba profundamente.

¹⁰² DE CUPIS, A., *El daño*, Op. cit., págs. 107 y ss.

distintos¹⁰³, habrá tantos daños como intereses lesionados y cada uno de esos perjuicios será considerado por sí mismo patrimonial o extrapatrimonial en función de la naturaleza del respectivo interés afectado¹⁰⁴.

En este punto, si queremos precisar el concepto de unos y otros intereses se hace necesario determinar, en primer lugar, qué se entiende por patrimonialidad. Este concepto –entiende DE CUPIS– “se refiere a una necesidad económica, por lo que patrimonial es, precisando más, cualquier bien exterior respecto al sujeto, que sea capaz de clasificarse en el orden de la riqueza material –y por esto mismo valorable, por su naturaleza y tradicionalmente, en dinero–, idóneo para satisfacer una necesidad económica”. Preciado el concepto de bien patrimonial, al que el autor citado atribuye los caracteres de exterioridad, valorabilidad pecuniaria y que responda a una necesidad económica¹⁰⁵, podremos extraer el significado del interés patrimonial, el cual se concretará en la utilidad o beneficio económico que un determinado bien represente para el individuo. En coherencia con lo anterior, el daño patrimonial será el que tenga por objeto tal interés¹⁰⁶.

Por oposición, serán bienes extrapatrimoniales aquellos otros que carezcan de las notas apuntadas, es decir, los que no sean susceptibles de valorabilidad pecuniaria y que no respondan a una necesidad económica. No es preciso, en cambio, que se trate de

¹⁰³ Esta constatación fue advertida ya por DE CUPIS cuando afirmó que ambos tipos de daños (patrimoniales y no patrimoniales) pueden derivarse conjuntamente de un mismo hecho dañoso (DE CUPIS, A., “Il danno”, *Op. et loc. cit.*, pág. 206 y DE CUPIS, A., *El daño*, *Op. cit.*, pág. 124).

Y así fue apreciado igualmente por la STS de 3 de junio de 1991 (RJ 4407) en la que, en relación a un atentado a la propiedad intelectual, se afirmó que “a partir de un mismo hecho, pueden producirse simultáneamente, daños materiales que repercuten en el patrimonio del perjudicado y son susceptibles de evaluación patrimonial y un daño moral, relacionado o derivado de aquél, que alcanza a otras realidades extrapatrimoniales, bien de naturaleza afectiva, como son los sentimientos, bien referida al aspecto social de la repercusión creadora, y también abarca, en proyección de heterogeneidad, otras situaciones motivadoras de efectivos y trascendentes daños morales”.

¹⁰⁴ En este mismo sentido de negar el fundamento de los daños patrimoniales indirectos o daños morales impropios se pronuncia GARCÍA LÓPEZ, R., en *Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1990, pág. 80.

Esta postura que sostenemos ha sido confirmada recientemente por nuestro Tribunal Supremo, que ha llegado a afirmar que “carece de toda consistencia (...) tal obligación de reparar que se quiere cobijar al parecer bajo el concepto de «daños morales impropios», pues no hay más daño moral que el que resulte para el estado personal de la víctima la intromisión ilícita en sus derechos de la personalidad. Si esa intromisión tiene repercusiones en su patrimonio, las disminuciones que sufra son daños patrimoniales y como tal han de ser tratados. La moderna doctrina jurídica abandonó hace tiempo la distinción entre daños con repercusión sólo en la persona física o psíquica de la víctima, y con repercusión también en su patrimonio” [F.J. 3º de la STS de 25 de noviembre de 2002 (RJ 10274)].

¹⁰⁵ También BONILINI identifica el bien patrimonial con aquella entidad objetivamente valorable en dinero (BONILINI, G., *Il danno non patrimoniale*, *Op. cit.*, pág. 63).

¹⁰⁶ DE CUPIS, A., *El daño*, *Op. cit.*, págs. 121-122.

bienes interiores o inherentes al sujeto, ya que, al contrario, existen bienes exteriores a la persona que sirven a la satisfacción de intereses extrapatrimoniales (v. gr., la obra de ingenio, el animal de compañía por el que se siente cariño, etc.). El interés extrapatrimonial estará constituido así por la utilidad no económica (física, espiritual, intelectual, emocional,...) que un bien puede reportar a una persona, de lo cual se desprende que la lesión inferida a este tipo de intereses integrará la categoría de los daños extrapatrimoniales.

Tal vez, haya de aclararse el porqué de nuestra referencia a los *intereses* y no simplemente a los *bienes*. Podría pensarse que, en lugar de dar ese rodeo, sería más sencillo considerar como daño patrimonial aquél que recae simplemente sobre un bien valorable en dinero, de manera que, por oposición, el daño extrapatrimonial correspondería a la lesión de un bien no patrimonial, no traducible a términos económicos. Pero ello no sería correcto por dos tipos de razones:

1ª) Porque, aunque un bien patrimonial satisface de ordinario un interés económico, no necesariamente ha de ser siempre de ese modo. Existen muchos ejemplos en los que un bien patrimonial sirve para satisfacer simultáneamente un interés económico y otro extrapatrimonial e, incluso, cabe hablar de supuestos en los cuales este último interés es el preferente para el perjudicado. Inversamente, un bien no patrimonial es, en ciertos casos, apto para satisfacer un interés económico¹⁰⁷. Por esta razón, deberá atenderse al interés lesionado por el hecho dañoso, en lugar de atender al bien que constituye el soporte físico de aquel interés.

2ª) Además, teniendo en cuenta que en el sistema de responsabilidad civil extracontractual es necesario que el daño sea antijurídico, la alusión a los *intereses* tiene una explicación sencilla, que se desprende de la consideración de que el Derecho no tutela bienes, sino intereses. Por ello, solamente la lesión de un interés ajeno

¹⁰⁷ En el sentido expresado, es posible ejemplificar las afirmaciones realizadas. Así, el cuadro propiedad de un sujeto, como bien económico que es, tendrá un valor pecuniario, por lo que será útil para satisfacer un interés patrimonial de su propietario. Pero es posible que, además e, incluso, de forma primaria, satisfaga un interés no patrimonial de aquél, cual puede ser el placer que le causa su contemplación.

En relación con los bienes no patrimoniales que pueden satisfacer intereses económicos, el ejemplo recurrente es el que alude al honor comercial o mercantil, cuya concurrencia suele implicar el aumento o, al menos, el mantenimiento de la clientela, reportando, de este modo, beneficios patrimoniales a su titular.

jurídicamente protegido puede llegar a constituir un daño en sentido jurídico¹⁰⁸. En este punto, se hace preciso señalar que –como ya dejamos apuntado– cuando hablamos de intereses tutelados o protegidos por el Derecho, no sólo aludimos a aquéllos que se presentan bajo la forma de derechos subjetivos, sino también a los denominados intereses legítimos e, incluso, a las expectativas ciertas y legítimas¹⁰⁹.

Teniendo en cuenta lo expuesto, hemos de decir que, a nuestro modo de ver, tanto los daños patrimoniales como los extrapatrimoniales pueden estar ligados indistintamente a bienes de una u otra naturaleza porque lo decisivo es el interés afectado, no el bien sobre el que recae directamente el hecho dañoso¹¹⁰.

2.1. Daños patrimoniales

Como acabamos de exponer, concurre un daño patrimonial en todos aquellos casos en que el hecho dañoso del que ha de responder su causante recae sobre un interés ajeno susceptible de valoración pecuniaria y caracterizado por su exterioridad y por su aptitud para satisfacer necesidades económicas humanas.

2.1.1. Las partidas integrantes del daño patrimonial: daño emergente y lucro cesante

Los daños patrimoniales, a efectos de su determinación, valoración y reparación se componen de dos partidas diferenciadas, aunque no siempre se manifiesten ambas en todos los casos, siendo perfectamente posible que concorra tan solo una de ellas. Nos

¹⁰⁸ Es cierto que la responsabilidad civil extracontractual, como recuerda PUIG BRUTAU, J. (*Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. III, Bosch Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1983, pág. 181) nace del incumplimiento de la genérica obligación de *neminem laedere*, pero sólo en la medida en que tal incumplimiento lesione un interés que el Ordenamiento jurídico considere digno de tutela.

Así, por ejemplo, el hecho de que el propietario de un local de negocio vea disminuida su clientela como consecuencia de la apertura de otro local de la misma clase en las inmediaciones del suyo, puede constituir efectivamente un daño para el primero. Sin embargo, estaremos ante un daño en sentido material y no jurídico, porque el Ordenamiento otorga prioridad a la libre competencia, siempre que ésta se realice de acuerdo con lo previsto en las normas. Como el interés del primer empresario en conservar su clientela no está tutelado por el Derecho, no surgirá obligación alguna de reparación a cargo del segundo.

¹⁰⁹ BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible en...*, Op. cit., pág. 52. Asimismo, *Vid. supra*, Capítulo I: II, 2, 2.3 (Antijuridicidad).

¹¹⁰ En este mismo sentido, ZANNONI, E.A., *El daño en la responsabilidad civil*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1987, págs. 57 y ss. y 287 y ss. y PINTO MONTEIRO, A., "Sobre a reparacão dos danos morais", *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, nº 1, 1992, pág. 18.

referimos a los conceptos de daño emergente y lucro cesante, los cuales se distinguen ya desde la época del Derecho romano a través de un texto de Paulo contenido en el Digesto (46.8.13), que alude a *"...quantum mihi abest quantumque lucrari potui"*. La distinción se recogió del mismo modo en las Partidas, en concreto, en la Partida V, Título VI, Ley III¹¹¹ y en la Partida VII, Título XV, Ley XIX¹¹², y se recibió en el Derecho moderno a través de la Codificación, de modo tal que la expresión *quantum mihi abest* se equiparó al «daño emergente» y la locución *quantum lucrari potui*, al «lucro cesante». Así lo pone de manifiesto el Proyecto de García Goyena, cuyo art. 1015 se pronunciaba en términos muy similares a los contenidos en el art. 1106 del vigente CC español de 1889. El art. 1015 del Proyecto de García Goyena decía: *"Se reputan daños y perjuicios el valor de la pérdida que haya experimentado, y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor, salvas las disposiciones contenidas en los artículos siguientes de esta sección"*. En el escueto comentario que el propio autor realiza sobre el citado precepto, además de manifestar la presencia de tales cuantías indemnizatorias en las Partidas y en el Digesto, recoge expresamente la equivalencia entre *"el valor de la pérdida que haya experimentado el acreedor"* y el daño emergente y entre *"la utilidad que haya dejado de percibir"* y el lucro cesante¹¹³.

Como acabamos de señalar, tal distinción se recoge en la actualidad en el artículo 1106 de nuestro Código Civil, el cual prescribe que *"la indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvas las disposiciones contenidas en los artículos siguientes"*¹¹⁴. Este precepto, a pesar de su ubicación

¹¹¹ *"Tal fuerça ha el cambio que es fecho por palabras (...) la otra parte que lo quiere acabar e aver por firme, puede pedir al juez, que le mande a la otra parte quel cumpla el cambio o quel peche los daños, e los menoscabos, que le vinieron por aquello que no quiso cumplir (...). E estos menoscabos a tales llaman en latín interesse"*.

¹¹² *"(...) aquel que el daño fiziere en otra cosa semejante, non es tenuto tan solamente de fazer emienda de aquella cosa que empeorasse o matasse. Mas aun le deve facer emienda del menoscabo que se sigue al señor por razon de aquella cosa quel matassen"*.

¹¹³ GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del CC español*, Op. cit., pág. 543.

¹¹⁴ Este precepto procede del 1149 del CCFr., según el cual: *"Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après"*.

Se pronuncia en igual sentido el art. 1223 CCIt., cuando señala que: *"Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta"*. A él se remite expresamente el art. 2056 para la valoración de los daños derivados de hecho ilícito.

En el CCPor. la distinción se recoge en el art. 564.1: *"O dever de indemnizar comprende não só o prejuizo causado, como os beneficios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão"*.

sistemática en el Título Primero (*De las obligaciones*) del Libro Cuarto (*De las obligaciones y contratos*) del CC se considera aplicable no solamente a la responsabilidad civil derivada de contrato, sino también a la responsabilidad civil extracontractual¹¹⁵. No podía ser de otro modo teniendo en cuenta que la posibilidad de aplicación analógica de las normas se contiene de forma expresa en el art. 4 de nuestro CC.

Por esta razón, las consideraciones que en estas páginas van a realizarse acerca del daño emergente y del lucro cesante serán aplicables tanto a los daños patrimoniales contractuales como a los extracontractuales.

A) Delimitación

Es preciso determinar, en primer lugar, si en el art. 1106 del CC el término «daño» puede equipararse a la pérdida sufrida y la palabra «perjuicio», a la ganancia dejada de obtener, como en ocasiones lo ha entendido nuestra jurisprudencia¹¹⁶. Esta posible

¹¹⁵ Por lo que se refiere a la doctrina española, es de destacar la rotundidad con que se pronuncia al respecto PUIG BRUTAU, quien no muestra la más mínima vacilación al expresar que *“sin duda el art. 1106 CC es una de las normas del Derecho de daños que se aplica por igual a los contractuales y a los extracontractuales”* (PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Op. cit., pág. 182).

En la doctrina extranjera también se admite el resarcimiento del daño emergente y del lucro cesante, tanto en la esfera contractual, como en la extracontractual. Como ejemplo, *vid.* en la doctrina italiana, a DE CUPIS, A., *El daño*, Op. cit., pág. 315.

Por su parte, de entre el amplio elenco de SSTs que reconocen la aplicabilidad del citado precepto al ámbito de la responsabilidad extracontractual o aquiliana, podemos citar las siguientes, todas de la Sala de lo Civil: STS de 30 de diciembre de 1980 (RJ 4815); STS de 31 de mayo de 1983 (RJ 2956); STS de 19 de junio de 1984 (RJ 3250); STS de 13 de abril de 1987 (RJ 2706); STS de 3 de octubre de 1991 (RJ 6902) o las más recientes de 24 de marzo de 1998 (RJ 2049), de 18 de abril de 2000 (RJ 2672) o 20 de noviembre de 2000 (RJ 9310).

De entre éstas nos parece oportuno reproducir, por la claridad de los términos en que se expresa, por reconocer de manera muy explícita la aplicabilidad a la responsabilidad aquiliana del art. 1106 del CC y porque viene a constituir una especie de resumen de la doctrina del TS en relación con el particular, algunos pasajes de la citada STS de 19 de junio de 1984 (RJ 3250) en los que se afirma: *“... no oponiéndose a la diferenciación el que existan puntos de coincidencia (entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual) por cuanto, conforme al principio general de que quien causa daño lo debe indemnizar, lo mismo si se produce por incumplimiento de una obligación preestablecida que cuando proviene de culpa o negligencia no referidas a vínculo antecedente, siempre queda constituido el dañador en sujeto de una obligación que responde a un principio común de derecho y a la misma finalidad reparadora comprendida en el concepto genérico que a la de indemnizar asigna el art. 1106 CC, originando esa común finalidad reparadora unas notas comunes entre ambas clases de culpa”*. De lo anterior deduce el Alto Tribunal que *“de los puntos de coincidencia y notas comunes se sigue también que la tajante separación originaria se atenúa en su aproximación a la común finalidad reparadora mediante la aplicación indistinta de preceptos que pueden reputarse, con matizaciones, preceptos comunes (por regular dentro del Código y la necesidad de llenar sus lagunas, la responsabilidad en general), así los arts. 1101 a 1107 CC”*.

¹¹⁶ Las SSTs (Sala 1ª) de 3 de marzo de 1978 (RJ 759) y de 14 de junio de 1978 (RJ 2239) llevan a cabo esta equiparación entre daño/daño emergente y perjuicio/lucro cesante. Del mismo modo, hallamos

equiparación ha sido criticada por algunos autores, bajo el argumento de que es frecuente encontrar en nuestro Código Civil, tanto en sede de responsabilidad contractual, como de responsabilidad aquiliana o extracontractual, preceptos que utilizan indistinta o conjuntamente ambas expresiones sin que, en ninguno de ellos, quepa apreciar un significado distinto de las mismas¹¹⁷. Sin embargo, nosotros entendemos que esa equiparación sí tiene lugar en el precepto que nos ocupa, lo cual no significa que en aquellos otros artículos en los que se utilizan las expresiones «daño» o «perjuicio» de forma aislada haya que proceder igualmente a esa equiparación. En estas otras hipótesis, por el contrario, consideramos que la expresión empleada debe interpretarse en sentido amplio, comprendiendo todas las posibles categorías de daños¹¹⁸.

Aclarada esta primera cuestión relativa al art. 1106 del CC se hace necesario precisar el concepto que corresponde, respectivamente, al daño emergente y al lucro cesante. En este sentido, basta con acudir a la propia disposición, la cual omite estas locuciones, tomadas del Derecho romano, y las sustituye por sus respectivas acepciones, suficientemente claras como para poder prescindir de toda elucubración. Consecuentemente, el daño emergente será la pérdida sufrida y el lucro cesante, la ganancia dejada de obtener por el acreedor, o de forma más genérica, por el perjudicado.

tal equiparación en la STS (Sala 1ª) de 10 de enero de 1979 (RJ 18), la cual identifica los «daños» con la «pérdida por efectiva disminución patrimonial», al tiempo que equipara expresamente los «perjuicios» con el lucro cesante. Más dudosa se presenta la cuestión en la STS (Sala 1ª) de 27 de marzo de 1972 (RJ 1497), si bien parece identificar la falta de rentabilidad, esto es, el lucro cesante, con el perjuicio.

¹¹⁷ Vid. al respecto YZQUIERDO TOLSADA, que refuerza ese argumento poniéndolo en relación con el art. 113 del CP vigente. Teniendo en cuenta que este precepto dispone literalmente que «la indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros», señala el autor que «de poco valen los intentos de identificar el daño con el «daño emergente» y el perjuicio con el «lucro cesante», pues ello implicaría que sólo fuese indemnizable este segundo cuando se tratara de daños inferidos a la familia de la víctima o a un tercero (art. 113 C. pen.), no siéndolo en cambio el daño emergente». [YZQUIERDO TOLSADA, M., *Aspectos civiles del nuevo Código Penal (Responsabilidad civil, tutela del derecho de crédito, aspectos de Derecho de Familia y otros extremos)*, Edit. Dykinson, S.L., Madrid, 1997, pág. 78].

De la misma opinión se muestra LACRUZ, que al cuestionarse la corrección de la identificación entre daño/daño emergente y perjuicio/lucro cesante llega a la conclusión de que el CC emplea tales términos como sinónimos, configurando, en aquellas ocasiones en que se utilizan de forma simultánea, un pleonasma (LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, Vol. Primero, Edit. Dykinson, Madrid, 1999, pág. 207).

¹¹⁸ Vid. *supra* Capítulo I: III (Significado de los términos «daño» y «perjuicio»).

En efecto, la realidad pone de manifiesto que el hecho del responsable puede dar lugar, no sólo al menoscabo o destrucción de un bien que ya pertenecía al perjudicado, sino que puede implicar, igualmente, la falta de consecución o de materialización de una ganancia que habría ingresado en su patrimonio de no haber tenido lugar el hecho lesivo, resultando dañado, en ambos casos, el interés patrimonial respectivo. Y, en coherencia con la función reparadora de la responsabilidad civil, que tiene por objeto reponer al perjudicado en la situación en que se encontraría si el hecho dañoso no se hubiera producido, esos dos componentes del daño patrimonial habrán de ser reparados, en tanto en cuanto se concreten en el mundo real.

Ahora bien, definidos los conceptos que nos ocupan como lo hemos hecho en el párrafo precedente, se podría caer en el error de identificar el daño emergente –relativo a la pérdida de un bien ya existente en el patrimonio del perjudicado– con el daño presente o actual, al tiempo que el lucro cesante –por hacer referencia a la pérdida de una ganancia todavía no incorporada a ese patrimonio pero que habría ingresado en él si el hecho dañoso no hubiera tenido lugar– se podría asimilar al daño futuro. Sin embargo, tal identificación, en la que incurren ciertos autores¹¹⁹, debe, en nuestra opinión, ser evitada.

En este sentido, el maestro italiano DE CUPIS, al referirse a la distinción entre daño emergente y lucro cesante, utiliza un criterio basado en la situación del interés en el momento en que se entiende producido el daño, de tal modo que *“si el objeto del daño es un interés actual, o sea, el relativo a un bien que ya corresponde a una persona en el instante en que el daño se ha ocasionado, se tiene un daño emergente; pero, si por el contrario, el objeto del daño es un interés futuro, es decir, el relativo a un bien que todavía no corresponde a una persona, se tiene un daño lucro cesante”*¹²⁰.

¹¹⁹ Incurrieron en tal identificación algunos representantes de la doctrina argentina, como MOSSET ITURRASPE o PEIRANO FACIO, citados por su compatriota MOISSET DE ESPANES, L., en “Reflexiones sobre el «daño actual» y el «daño futuro», con relación al «daño emergente» y al «lucro cesante»”, en *RGLJ*, 1975, págs. 195 y ss.

En el mismo sentido, el español CERDÁ OLMEDO afirmó que *“la distinción entre daño presente o pasado y daño futuro se corresponden con daño emergente y lucro cesante”* (CERDÁ OLMEDO, M., “Responsabilidad civil por daños futuros”, *Op. et loc. cit.*, pág. 629).

Y, por su parte, el italiano GALGANO considera que, mientras que el daño emergente puede ser daño presente o daño futuro, el lucro cesante es siempre un daño futuro, que se basa en la valoración presente de su probable verificación (GALGANO, F., *Diritto civile e commerciale*, Vol. II, Tomo 2, Edit. CEDAM, 2ª ed., Padova, 1993, pág. 319).

¹²⁰ DE CUPIS, A., *El daño*, *Op. cit.*, pág. 312-313.

Mediante una lectura superficial de esta cita podría parecer que este autor incurre en el error apuntado más arriba de identificar daño emergente con daño presente y lucro cesante con daño futuro¹²¹. Sin embargo, haciendo una lectura más atenta, pronto nos percatamos de que no es así. Su criterio diferenciador se refiere únicamente a la situación del bien en el momento en que se daña el interés al que aquél responde, esto es, según que dicho bien se halle o no en el patrimonio del sujeto perjudicado en el momento de la producción del perjuicio, lo cual, obviamente, no es lo mismo que tomar en consideración el momento en que se manifiestan los resultados o consecuencias dañosas de la acción –criterio aplicable para la clasificación de los daños en presentes y futuros–. Es más, en el siguiente epígrafe de su obra, DE CUPIS comienza advirtiendo expresamente que la clasificación de daño presente y daño futuro no debe confundirse con la distinción entre *damnum emergens* y *lucrum cesans* y añade, a continuación, que el “daño emergente puede ser tanto presente como futuro y lo mismo se puede referir para el lucro cesante”¹²².

B) Determinación de su existencia

Cuestión diferente es la relativa al modo de proceder a la apreciación o determinación de la existencia de las dos partidas integrantes de los daños patrimoniales.

¹²¹ Precisamente, el error de CERDÁ OLMEDO debió de ser el resultado de una lectura superficial de ese fragmento del autor italiano, ya que su conclusión acerca de la correspondencia de la distinción de daños presentes y futuros con las categorías de daño emergente y lucro cesante se formula inmediatamente después de referirse a la obra de aquél.

¹²² DE CUPIS, A., *El daño*, *Op. cit.*, pág. 320. Participan de la misma opinión en cuanto a la existencia de daños emergentes y lucros cesantes presentes y futuros, los argentinos ZANNONI, E.A., *El daño en la responsabilidad civil*, *Op. cit.*, pág. 73 y ss. y ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., *Resarcimiento de daños*, Vol. 2a (Daños a las personas [Integridad sicológica]), 2ª ed., Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 1991, pág. 261; el colombiano HENAO, J.C., *El daño...*, *Op. cit.*, pág. 198; el italiano BALDASSARI, A., *Il danno patrimoniale*, *Op. cit.*, pág. 67 y el español YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad...*, *Op. cit.*, pág. 150.

De hecho, ZANNONI refuerza su afirmación por medio de un ejemplo que resulta altamente ilustrativo y aclaratorio al que recurre igualmente el autor español últimamente citado. De acuerdo con el referido ejemplo, en un accidente de automóvil con lesiones corporales serán *daño emergente actual* el coste de reposición de un automóvil de características similares al destruido y los gastos de hospital, médicos y farmacia; serán *lucro cesante actual* los perjuicios derivados de la imposibilidad de la víctima para trabajar mientras duró la convalecencia. Constituirán además la partida de *daño emergente futuro* los gastos que deberá acometer para afrontar el tratamiento de las secuelas permanentes, y la de *lucro cesante futuro* las ganancias que quedarán sin percibir por la incapacidad permanente.

De la propia lógica se desprende que tal determinación será más sencilla cuando de daños emergentes se trate, porque los mismos recaen sobre bienes ya pertenecientes al sujeto, mientras que con los lucros cesantes se alude a aquellos otros perjuicios que se concretan en la falta de adquisición de bienes que deberían haber ingresado en su patrimonio, pero que no lo han hecho a causa del evento dañoso.

Así las cosas, la determinación de la existencia de un daño emergente no planteará ningún problema, puesto que se manifestará exteriormente en el menoscabo o destrucción de un bien o derecho que en el momento en que tiene lugar el hecho dañoso ya pertenecía al sujeto y, por esta circunstancia, es fácilmente apreciable a través de la comparación del estado de los bienes y derechos que el perjudicado tenía antes y después del evento lesivo.

Más complicada resulta, en cambio, la determinación del lucro cesante, en cuanto que éste, como acertadamente señaló FISCHER¹²³, participa de todas las vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios. Teniendo en cuenta que el lucro cesante representa la ganancia que el perjudicado habría ingresado en su patrimonio de no haber tenido lugar el hecho dañoso, la determinación de su existencia requiere reconstruir, de algún modo, los acontecimientos que, en ausencia de aquél, se habrían desarrollado. Esta reconstrucción de los acontecimientos realizada por el Juez o por un perito imparcial y dirigida a determinar la realidad de la frustración de una ganancia ha de realizarse atendiendo al que sería el curso normal de los acontecimientos en el caso concreto. De acuerdo con ello, podemos extraer las siguientes conclusiones:

1º) Procederá reparar el lucro cesante cuando del juicio efectuado resulte probado que, en ausencia de hecho dañoso, la ganancia habría ingresado efectivamente en el patrimonio del sujeto perjudicado, siempre y cuando dicha ganancia sea, además, merecedora de protección jurídica, lo que supone excluir de la reparación aquellas ganancias que el perjudicado hubiera obtenido por medios inmorales o contrarios a las buenas costumbres, así como aquellas otras cuya obtención presupondría infracción de preceptos legales o reglamentarios imperativos¹²⁴.

¹²³ FISCHER H.A.: *Los daños civiles y su reparación*, *Op. cit.*, pág. 43.

¹²⁴ En tal sentido, FISCHER, H.A., *Los daños civiles y su reparación*, *Op. cit.*, pág. 52; DE CUPIS, A., *El daño*, *Op. cit.*, pág. 316; SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil...*, *Op. cit.*, pág. 292, que reproduce la misma idea en su "Comentario del art. 1106", en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (Coord),

2ª) No basta con que exista una mera posibilidad de ganancia, aunque tampoco se exige la certeza absoluta de su realización, sino que lo determinante es la probabilidad de la misma¹²⁵.

En este sentido se pronuncia SANTOS BRIZ cuando aclara que *"no se puede exigir al perjudicado que demuestre una certeza absoluta de que las ganancias esperadas se habrían realizado en caso de no realización del hecho dañoso, y tampoco es suficiente un interés inseguro o incierto. Entre un extremo y otro cabe una graduación que habrá de hacerse, en cada caso, con criterio equitativo, distinguiendo la mera «posibilidad» de la «probabilidad», y teniendo en cuenta que tal vez en algún caso sea indemnizable la mera «posibilidad», si bien en menor cantidad que la «probabilidad», base de los lucros cesantes propiamente dichos"*¹²⁶.

Pues bien, siguiendo este criterio intermedio debe concluirse que será posible la determinación del lucro cesante sin que sea necesario acreditar una certeza absoluta en cuanto a la realización de las ganancias, certeza, por lo demás, inalcanzable¹²⁷, pero sin que, al mismo tiempo, se entienda comprendido en tal concepto lo que DERNBURG calificó, a la vista de su improbabilidad e inverosimilitud, con la gráfica expresión de «sueños de ganancia».

Comentario del Código Civil, Edit. Bosch, Barcelona, 2000, pág. 138 y DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, *Op. cit.*, pág. 324.

¹²⁵ Resume lo expuesto el § 252, apartado 2º, del Código alemán, de acuerdo con el cual: *"Considérase ganancia frustrada aquélla que, con cierta probabilidad, fuese de esperar, atendiendo al curso normal de las cosas o a las especiales circunstancias del caso concreto, y particularmente a las medidas y providencias adoptadas"*. A la vista de este precepto, afirma FISCHER que no basta la simple posibilidad, si bien tampoco se exige una absoluta seguridad de que la ganancia se habría verificado, sino que lo determinante es que exista una cierta probabilidad objetiva (FISCHER, H.A., *Los daños civiles y su reparación*, *Op. cit.*, pág. 45).

¹²⁶ SANTOS BRIZ, J., *Ops. ult. cit.*, págs. 292 y 138, respectivamente. Entendemos que en la última de las obras citadas el autor quiso reproducir lo expuesto en la anterior. Sin embargo, la reproducción no fue todo lo fiel que debería, generando confusión e incurriendo en un error si dicha obra se contempla por sí sola, sin relación con la primera. El error consiste en que, en lugar de designar la probabilidad como base de los lucros cesantes, designa erróneamente como tal, en el deseo de resumir sus palabras, la posibilidad.

¹²⁷ Así lo entiende la autora argentina ZAVALA DE GONZÁLEZ cuando afirma que *"para admitir un lucro cesante es menester únicamente una certeza relativa o seria probabilidad de los beneficios que el hecho ha truncado"*, insistiendo más adelante en que *"el lucro cesante debe ser cierto, pero esta certeza es siempre relativa, pues se apoya en un juicio de probabilidad, que comprende lo verosímil, sin llegar a lo seguro, necesario o infalible"* (ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., *Resarcimiento de daños*, *Op. cit.*, págs. 255 y 260, respectivamente).

Como consecuencia de lo anterior, la determinación del lucro cesante ha sido caracterizada por DE ÁNGEL YAGÜEZ como “una operación intelectual basada, a la luz de las circunstancias de cada caso, en la razonable verosimilitud de que, de haber cumplido el deudor, el acreedor se habría beneficiado patrimonialmente en tal o cual medida”¹²⁸.

3ª) En la partida del lucro cesante se comprende –como acertadamente ha señalado DÍEZ-PICAZO, tal vez por ser uno de los supuestos más frecuentes en la práctica– la pérdida o disminución de la capacidad de trabajo que, en ocasiones, va aparejada a las lesiones personales (tanto físicas, como mentales) y que presupone, junto con éstas, la pérdida o disminución de la capacidad para obtener la remuneración que se venía obteniendo regularmente.

En caso de que la pérdida o disminución sea temporal, la reparación ha de cubrir el período contemplado, mientras que si es permanente, deberá cubrir la remuneración correspondiente al tiempo de vida que le reste al sujeto y que se calculará de acuerdo con la esperanza media de vida.

C) La denominada «pérdida de oportunidades»

La dificultad de determinación del lucro cesante o de las ganancias dejadas de obtener no se agota en la complejidad del juicio apreciativo, sino que aumenta cuando se plantean demandas en las que, bajo la apariencia de lucro cesante, se esconden realmente las denominadas «pérdidas de probabilidades o de oportunidades»¹²⁹. Se trata

¹²⁸ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “Comentario al art. 1106”, *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, 1991, pág. 50-51.

¹²⁹ A estos supuestos se les denomina igualmente pérdida de una *chance*. La expresión procede de la doctrina y jurisprudencia francesas (*perte d'une chance*) y la misma fue adoptada por la doctrina italiana. Así, aluden a la *chance*, entre otros, DE CUPIS, A., *El daño*, *Op. cit.*, pág. 319; BIANCA, M., *Diritto Civile*, Vol. V (*La responsabilità*), Giuffrè Editore, Milano, *Ristampa* de 1997, pág. 161; BOCCHIOLA, M., en “Pérdida de una «chance» e certezza del danno”, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1976, pág. 55 y ss.; ROSSETTI, M., “Il danno da perdita di chance”, *Rivista Giuridica della Circolazione e dei Trasporti*, 2000-II, págs. 662 y ss. y BALDASSARI, A., *Il danno patrimoniale*, *Op. cit.*, pág. 177 y ss.

No obstante, algún representante de la doctrina italiana, en concreto, ZENO-ZENCOVICH, manifestó sus reservas acerca del uso del término francés «chance» bajo una doble perspectiva: en primer lugar, le parece que la transposición a un sistema jurídico de términos acuñados en otro a la vista de sus concretas exigencias, difícilmente permite atribuir a dichos términos el mismo y originario significado; y, además, señala el autor que se ha evidenciado cómo el término «chance» ha asumido un gran número de significados tan heterogéneos entre ellos que ha llevado a dudar del propio rigor lexical de la categoría

éste de un concepto distinto al lucro cesante que, frente a él, se caracteriza por la falta de certeza acerca de la consecución del resultado perseguido o esperado¹³⁰ y que se refiere, no a la frustración de ganancias esperadas, sino a la frustración de meras expectativas de ganancia o, de forma más genérica, a la frustración de las expectativas, esperanzas o posibilidades de conseguir una determinada ventaja o beneficio.

Como ejemplos clásicos de supuestos encuadrables en este concepto podemos señalar los siguientes: una culpa médica impide a un aspirante a un empleo público presentarse a un examen; la negligencia de un abogado le lleva a no presentar en plazo un recurso, por lo que se frustra la posibilidad de su cliente de conseguir un cambio de sentido en el pronunciamiento judicial y, en consecuencia, la posibilidad de ganar el pleito; un caballo que debía correr un gran premio no llega a tiempo al hipódromo a causa del retraso del transportista; etc.

Todos estos supuestos tienen como rasgo común la frustración de las esperanzas o expectativas de obtener el resultado perseguido, esto es, de aprobar el examen, de ganar el pleito o de obtener la victoria en la carrera. Sin embargo, no estamos ante lucros cesantes propiamente dichos, ya que éstos requieren una probabilidad rayana en la certeza o, dicho de otro modo, una certeza relativa en orden a la consecución de la ganancia en ausencia de daño, certeza relativa que resulta imposible de apreciar en los ejemplos expuestos. Aún así, esas frustraciones de esperanzas constituyen perjuicios que, como tales, entendemos que han de ser resarcidos¹³¹, aun cuando la determinación

(ZENO-ZENCOVICH, V., "Il danno per la perdita della possibilità di una utilità futura", *Riv. Dir. Comm.*, 1986, II, pág. 213). Pese a estas críticas, el término continúa empleándose profusamente en Italia.

¹³⁰ En tal sentido señaló ZAVALA DE GONZÁLEZ que, a diferencia de lo que ocurre con el lucro cesante, "la «chance» no llega a la certeza, ni siquiera relativa" (ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., *Resarcimiento de daños*, Op. cit., pág. 255), afirmación ésta que de modo rotundo es acogida igualmente por ROSSETTI cuando escribe: "Tuttavia, (...) il lucro cessante è certo nel suo prodursi, della chance invece può dirsi che è certa la sua perdita (cioè la possibilità di sfruttare l'occasione favorevole); mentre è solo probabile o possibile il danno conseguente al mancato sfruttamento. Perciò, (...): il danno da lucro cessante è danno certo; la perdita di chance è perdita certa; il danno da perdita di chance è solo possibile o verosimile" (ROSSETTI, M., "Il danno da perdita di chance", Op. et loc. cit., pág. 666).

También la jurisprudencia española acoge la separación entre el lucro cesante y la pérdida de oportunidades. En concreto, la AP de Madrid (Sección 10ª), en sentencia de 2 de marzo de 2002 (JUR 118403), contempla la pérdida de oportunidad como instituto diverso del lucro cesante, señalando que "en éste -se afirma- «estamos ante la certeza de una situación jurídicamente idónea por parte del sujeto que le permita esperar unas ganancias en el futuro (y acaso en el presente), en la pérdida de chances se da la ausencia de tal certeza»" (F.J. 4º).

¹³¹ En este sentido se pronuncia YZQUIERDO TOLSADA, cuando afirma que "privar de las esperanzas también supone un perjuicio, por mucho que su valoración resulte extremadamente delicada" (YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad...*, Op. cit., pág. 191). De modo menos rotundo, SANTOS BRIZ, al señalar como criterio de los lucros cesantes el juicio de probabilidad, lo

de ese resarcimiento exija atender a criterios distintos de los empleados para determinar el daño por lucro cesante. Ello se debe a que el objeto de la reparación en los supuestos citados no es, a diferencia de lo que ocurre en el lucro cesante, la ventaja o ganancia cuya adquisición no se ha verificado a causa del hecho dañoso, sino que, por el contrario, lo que demanda reparación es la pérdida o frustración de la *posibilidad* de dicha adquisición en sí misma considerada y, como tal, cierta en sí misma¹³².

En consecuencia, el daño recae sobre la esperanza o posibilidad misma, haciéndola desaparecer. Es expresiva, en este sentido, una consideración vertida por YZQUIERDO TOLSADA, según la cual en los supuestos de pérdidas de oportunidades concurren, por un lado, la *certeza* de que si no se hubiese producido el hecho dañoso, el perjudicado habría mantenido la esperanza de obtener una ganancia y, por otro lado, la *incertidumbre* de lo que efectivamente habría sucedido si no se hubiera producido tal evento dañoso¹³³.

Así las cosas, en estos supuestos, el objeto sobre el que recae el daño, esto es, la posibilidad, forma ya parte de la esfera jurídica del sujeto perjudicado en el momento en el que se verifica el evento dañoso, por lo que nos encontramos, no ante un lucro cesante, sino ante un supuesto de *daño emergente* y, como tal, resarcible, pues participa de la nota de la certeza, ya que eliminada la posibilidad como consecuencia del hecho

distingue de la mera posibilidad, si bien admite la indemnizabilidad de la posibilidad en ciertos casos (SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil...*, Op. cit., pág. 292).

Asimismo, en la doctrina francesa se entiende que la *chance* tiene un valor en sí misma. Sobre este extremo, *vid.*, entre otros, DEJEAN de la BÂTIE, N., "Le préjudice", en AUBRY y RAU, *Droit Civil Français*, Op. cit., pág. 36.

¹³² En estos términos se pronuncia el autor italiano BALDASSARI. Dice este autor, tratando de diferenciar el lucro cesante de la pérdida de oportunidades, lo siguiente: "*Diversa prospettiva si apre, invece, qualora la chance venga considerata non quale perdita di un risultato utile, ma quale perdita della possibilità di conseguire un risultato utile*" (BALDASSARI, A., *Il danno patrimoniale*, Op. cit., pág. 180).

Y, acogiendo el criterio de la mejor doctrina comparada, entiende que "*la frustración de una expectativa actual o de una oportunidad real es un daño cierto en sí mismo*" la ya citada SAP de Madrid (Sección 10ª) de 2 de marzo de 2002 (JUR 118403).

¹³³ YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad...*, Op. cit., pág. 153.

De modo similar, la SAP de Madrid (Sección 10ª) de 2 de marzo de 2002 (JUR 118403), señala: "*Hay, desde luego, «certidumbre en el perjuicio» que supone la oportunidad misma perdida, abstracción hecha de que pueda haber mayor o menor «certidumbre de probabilidad» del éxito de la expectativa. El resultado de ésta es futuro, aleatorio e incierto, y sólo en el caso de ser favorable se habría producido un segundo o ulterior daño, que no existiría, desde luego, en caso contrario*".

dañoso, no cabe duda que se ha producido un daño, dado que jamás podrá realizarse la ventaja que, en caso de subsistencia de aquélla, podría¹³⁴ haberse esperado.

La consideración de la pérdida de oportunidades como daño emergente es sostenida por la doctrina italiana desde hace, al menos, un cuarto de siglo¹³⁵ y tal concepción ha sido asumida también en nuestro país, aunque en épocas bastante más recientes¹³⁶. Por el contrario, no califican de forma expresa el supuesto contemplado con la denominación de daño emergente los representantes de la doctrina y la jurisprudencia francesas, quienes, a pesar de ello, no dudan en considerar tales supuestos como verdaderos perjuicios y, en consecuencia, obligan al agente a su reparación¹³⁷.

Nos queda por responder todavía a una cuestión importante, que es la relativa a la naturaleza del daño que se deriva de la «pérdida de una oportunidad». ¿Nos hallamos ante un daño material o económico, o bien ante un daño extrapatrimonial? A nuestro juicio, la respuesta a la cuestión planteada depende, una vez más y en consonancia con la noción de daño jurídico que hemos asumido, del concreto interés que resulte frustrado a consecuencia de la conducta del responsable. Así, observando los ejemplos que la realidad nos ofrece acerca de supuestos encuadrables en esta categoría de daños, nos encontramos con que, en ocasiones, el daño que se causa con la frustración de la posibilidad es un daño patrimonial, puesto que lo que se pretendía con la materialización de esa posibilidad, ahora frustrada, era la consecución de un resultado – v.gr., lograr el empleo público, ganar el pleito en reclamación de cantidad en el que se tiene interés, obtener la victoria en la carrera, etc.– susceptible de traducirse en una ventaja económica. En otras ocasiones, sin embargo, se observa que la posibilidad

¹³⁴ Nótese el uso del condicional «podría», el cual refuerza la diferencia entre la *chance* y el lucro cesante, porque mientras que en la primera no existe la más mínima certeza acerca de la realización de la ventaja, el lucro cesante se caracteriza precisamente por presentar esa nota, sin la cual no podría considerarse daño resarcible, aun cuando la misma no concorra en él en grado absoluto, sino sólo relativo.

¹³⁵ En tal sentido, DE CUPIS, A., *El daño*, *Op. cit.*, pág. 319 y BOCCHIOLA, M., «Pérdita de una «chance» e certezza del danno», *Op. et loc. cit.*, págs. 55 y ss.

¹³⁶ Siguiendo a los autores italianos que acabamos de citar, califican la pérdida de una *chance* como daño emergente: VICENTE DOMINGO, E., *Los daños corporales: tipología y valoración*, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1994, pág. 131; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Aspectos civiles...*, *Op. cit.*, pág. 118 y *Sistema de responsabilidad...*, *Op. cit.*, pág. 153 o BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible en...*, *Op. cit.*, pág. 77.

¹³⁷ Sin embargo, opina BOCCHIOLA que esa doctrina francesa, aun sin utilizar nunca la expresión «daño emergente», constantemente alude a ella de forma implícita, al sostener que la pérdida de una *chance* constituye un daño cierto y actual. (BOCCHIOLA, M., «Pérdita de una «chance» e certezza del danno», *Op. et loc. cit.*, pág. 86). Un ejemplo de esta afirmación nos lo ofrecen los MAZEAUD cuando señalan de forma rotunda, con relación a un supuesto de pérdida de una *chance*, que «*existe ahí un perjuicio que no es hipotético*» (MAZEAUD, H., L. y J., *Lecciones de Derecho Civil*, *Op. cit.*, pág. 73).

frustrada carecía de todo contenido económico. Piénsese en los casos, resueltos por el Tribunal Supremo, en los que el daño se concreta en la pérdida de la posibilidad de disfrutar de las vacaciones esperadas¹³⁸ o en la frustración de una posible mejora de la salud¹³⁹.

Así las cosas, debemos concluir que el daño consistente en una «pérdida de oportunidad» merecerá la calificación de patrimonial o de extrapatrimonial en función de la naturaleza que corresponda al interés que ha resultado afectado a causa de la frustración de la posibilidad misma de su satisfacción¹⁴⁰.

D) El lucro cesante y las pérdidas de oportunidades en la jurisprudencia

Dada la complejidad que conlleva la determinación del lucro cesante, la jurisprudencia española se ha mostrado tradicionalmente estricta o restrictiva en orden a su estimación. Prueba de ello es la STS (Sala 1ª) de 22 de junio de 1967¹⁴¹, en la que el Tribunal Supremo expuso su doctrina general sobre la estimación del lucro cesante, declarando que *"ha de probarse rigurosamente que se dejaron de obtener las ganancias, sin que sean dudosas o contingentes y sólo fundadas en esperanzas, pues no pueden derivarse de supuestos meramente posibles, pero de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre"*. Esta doctrina, reiterada ulteriormente en múltiples ocasiones¹⁴², es excesivamente rigurosa si tenemos en cuenta la ya apuntada

¹³⁸ STS de 28 de febrero de 1964 (RJ 1224).

¹³⁹ SSTs de 7 de abril de 1997 (RJ 2742) y de 10 octubre de 1998 (RJ 8371).

¹⁴⁰ En este mismo sentido se pronuncia MEDINA CRESPO, quien, siguiendo a la autora argentina SILVIA TANZI, considera que la denominada *chance* puede tener una significación patrimonial o extrapatrimonial, según cuál fuese la naturaleza o el contenido de la oportunidad esperada y frustrada a causa del evento dañoso. En tal sentido se manifiesta el autor en MEDINA CRESPO, M., *La valoración civil del daño corporal. Bases para un tratado*, Tomo IV (*El fallecimiento*), Edit. Dykinson, Madrid, 2000, pág. 145. Y, del mismo modo, entiende que el daño por pérdida de oportunidad puede tener naturaleza patrimonial o extrapatrimonial, en función de cuál sea la propia naturaleza de la oportunidad perdida o frustrada VICENTE DOMINGO, E., "El daño", *Op. et loc. cit.*, pág. 247-248.

Por su parte, en la jurisprudencia debe ser destacada, una vez más, la SAP de Madrid (Sección 10ª) de 2 de marzo de 2002 (JUR 118403), conforme a la cual *"la pérdida de oportunidad, en cuanto tal, como hecho, tanto puede ser fuente de daños patrimoniales como extrapatrimoniales"* (F.J. 4º).

¹⁴¹ RJ 2926.

¹⁴² *Vid.*, a modo de ejemplo, la STS (Sala 1ª) de 8 de octubre de 1984 (RJ 4761) en la que el Alto Tribunal declara, con relación a un supuesto de lucro cesante, que es *"preciso demostrar la existencia real de aquéllos (de los daños y perjuicios) para que dicha obligación nazca y sea exigible, correspondiendo la apreciación de su certeza al juzgador de instancia, sin que pueda derivarse la misma de supuestos meramente posibles, pero de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, no pudiendo, de otra parte, condenarse al pago de indemnización difiriendo para ejecución de sentencia el hecho incierto de que los perjuicios lleguen a tener realidad, pues el condenar a eso hay que hacerlo sobre la base de su efectividad acreditada"*. Con idéntico criterio restrictivo se pronuncian las SSTs,

imposibilidad de que concurra una certeza absoluta en orden a la apreciación del lucro cesante.

No obstante, cabe apreciar recientemente, junto a esta orientación restrictiva, otra postura jurisprudencial menos rigurosa, iniciada por la STS (Sala 1ª) de 8 de julio de 1996¹⁴³, en la que se distinguen ya de modo suficientemente claro las ganancias frustradas constitutivas de auténticos lucros cesantes de aquellas otras que no pueden comprenderse en tal concepto. En efecto, con el propósito de llevar a cabo tal distinción declara la sentencia en cuestión que deben excluirse del ámbito de las ganancias constitutivas de lucro cesante las futuribles, por ser éstas *“simples expectativas, pero no consolidadas por presentarse dudas, al responder a supuestos carentes de realidad y de resultado inseguro por estar desprovistos de constatada certidumbre”*, de lo que se deriva que *“las ganancias que pueden reclamarse son aquellas en las que concurre verosimilitud suficiente para poder ser reputadas como muy probables, en la mayor aproximación a su certeza efectiva”*¹⁴⁴. Vemos que, a diferencia de lo que ocurría anteriormente, no se exige ya una prueba rigurosa de las ganancias dejadas de obtener¹⁴⁵, sino que, en consonancia con lo expuesto por la generalidad de la doctrina, no sólo española, sino también extranjera, basta con acreditar la probabilidad de que tales ganancias habrían podido obtenerse, reconociéndose, así, la inviabilidad de una certeza absoluta acerca de dicha circunstancia¹⁴⁶.

también de la Sala 1ª, de 30 de junio de 1993 (RJ 5340) en la que exige que el lucro cesante se acredite *“con rigor, al menos, razonable”* o la de 30 de noviembre de 1993 (RJ 9222).

¹⁴³ RJ 5662.

¹⁴⁴ A partir de este pronunciamiento la apreciación del lucro cesante en la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del TS sigue la postura señalada. Así se observa en la STS de 21 de octubre de 1996 (RJ 7235) la cual considera que, probada la existencia del lucro cesante, *“el problema se concreta a su cuantificación económica, que ha de ser objeto de apreciación ponderada, al moverse el juzgador en un campo hipotético y hace como más adecuado aplicar criterios de razonable probabilidad, de forma que el juicio de valor obtenido sea lo más próximo a lo que podía resultar realidad cierta y comprobada, de acuerdo con el desarrollo normal que corresponde a los acontecimientos”*. En similares términos se pronuncia la sentencia de 5 de julio de 1998 (RJ 5550), que declara indemnizable el lucro cesante cuando *“con cierta probabilidad, fuera de esperar en el desarrollo normal de las circunstancias del caso (...) debiendo excluirse lo meramente dudoso, contingente o fundado en meras esperanzas”*. En el mismo sentido, la STS de 5 de noviembre de 1998 (RJ 8404) que, después de afirmar que, al igual que el daño emergente, el lucro cesante debe ser probado, añade que la dificultad que el mismo presenta consiste en que *“sólo cabe incluir en este concepto los beneficios ciertos, concretos y acreditados que el perjudicado debía haber percibido y no ha sido así; no incluye los hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna”*.

¹⁴⁵ Un resumen de la evolución operada por la jurisprudencia del TS en torno a los criterios de apreciación del lucro cesante y, en concreto, de su paso de un criterio restrictivo o rigorista a otro no rigorista se puede ver en la STS (Sala 1ª) de 2 de marzo de 2001 (RJ 2590).

¹⁴⁶ La imposibilidad de apreciar una certeza absoluta sobre las ganancias dejadas de obtener ya había sido puesta de manifiesto por la doctrina italiana. En tal sentido es expresiva la expresión de

Asimismo, en coherencia con la necesaria concurrencia de un cierto grado de certeza en la apreciación del lucro cesante, el Tribunal Supremo ha excluido la posibilidad de que el mismo sea apreciado de modo equitativo¹⁴⁷.

Por lo que se refiere a la reclamación de las **pérdidas de oportunidades**, la jurisprudencia española viene admitiendo en ciertas ocasiones su reparación, a pesar de que no parece tener demasiado claro si las mismas constituyen supuestos de daños patrimoniales o inmateriales.

Así, junto a ciertos casos relativos a responsabilidades o negligencias médicas, como son los resueltos en las SSTs (Sala 1ª) de 7 de abril de 1997 (RJ 2742)¹⁴⁸ y de 10 de octubre de 1998 (RJ 8371)¹⁴⁹, la mayor parte de las hipótesis de pérdidas de oportunidades resueltas por nuestros Tribunales se refieren a supuestos de responsabilidad profesional imputables a prestadores de servicios jurídicos, fundamentalmente, a abogados y procuradores. En concreto, la jurisprudencia recaída a la luz de tales responsabilidades, que consisten generalmente en la omisión por parte de esos profesionales de la interposición de demandas o recursos o en su tardía presentación, entiende que tales negligencias constituyen pérdidas de oportunidades, pues a consecuencia de ellas se impide que las demandas o intereses del cliente tengan acceso a la tutela judicial efectiva, ya sea porque se cierra o precluye la primera instancia, ya porque ocurre lo mismo en relación con alguno de los recursos posteriores. Ahora bien, a la hora de calificar y de valorar los daños en que se concretan esas

BOCCHIOLA, al señalar que "*ciò che non è avvenuto non può mai essere, a rigore, oggetto di certezza assoluta*" (BOCCHIOLA, M., "Perdita de una «chance» e certezza del danno", *Op. et loc. cit.*, pág. 60)

¹⁴⁷ Así lo hizo en la STS (Sala 1ª) de 6 de septiembre de 1991 (RJ 6045), en la que la empresa demandante reclamaba la indemnización de daños y perjuicios, entre ellos, del lucro cesante, derivados de la resolución injustificada de un contrato de ejecución de obra por parte de la sociedad demandada. Por lo que respecta al lucro cesante, la actora, ante la imposibilidad de determinar cuál había sido, de entre las obras encargadas, la incumplida, reclamó en aquel concepto una indemnización que fijaba equitativamente en 500.000 pesetas. Frente a esa reclamación el Tribunal respondió que "*si no ha podido determinarse en el pleito cuál era la obra en cuestión y su volumen, faltan datos firmes para valorar un lucro cesante, sin que el auxilio a la equidad consienta su sustitución por un criterio meramente subjetivo, tanto más cuanto que es doctrina reiteradísima de esta Sala que el lucro cesante no puede ser dudoso o incierto*".

¹⁴⁸ La sentencia alude a un supuesto de pérdida de probabilidades (aunque sin denominarlo de este modo) a causa de una culpa médica constituida por la demora injustificada de más de un año en la intervención quirúrgica a la que el demandante tenía que ser sometido, intervención cuyos efectos favorables se reducían con el retraso en su práctica.

¹⁴⁹ En esta resolución, el TS habla expresamente de "*pérdida de una oportunidad*", así como de "*pérdida de unas expectativas*" en un supuesto en el que, debido a una negligencia médica, el perjudicado perdió la posibilidad de que se le implantara una mano.

pérdidas de oportunidades, la jurisprudencia se ha orientado en dos sentidos principales:

– Una primera línea jurisprudencial entendió que las pérdidas de oportunidades derivadas de las negligencias de abogados y procuradores podían causar a los clientes a quienes aquéllos representaban, además del daño moral que deriva de la frustración de la posibilidad de que sus intereses sean acogidos o estimados por los órganos jurisdiccionales, perjuicios económicos derivados de la sobrevenida imposibilidad de obtener las cantidades que esperaban conseguir con la estimación judicial de sus pretensiones.

En consecuencia, los Tribunales consideraban que, en esas hipótesis, era necesario proceder a un examen de las posibilidades de éxito de la demanda o del recurso no presentado por el profesional para valorar, conforme a ello, la oportunidad de indemnizar el posible daño económico. De este modo, si las posibilidades de éxito de la pretensión económica frustrada por la negligencia del abogado o del procurador resultan notorias o evidentes, el cliente deberá ser indemnizado en la cuantía que objetivamente podría haber obtenido de estimarse la demanda o el recurso que resultaron frustrados por la negligencia del prestador de servicios¹⁵⁰. Si, por el contrario, del análisis de dichas posibilidades de éxito se deduce que la probabilidad de percibir la cantidad reclamada no es más que una expectativa incierta, deberá negarse la concurrencia de perjuicio económico y, consiguientemente, la indemnización por este concepto¹⁵¹. No

¹⁵⁰ En este sentido se pronunciaron las SSTs de 28 de enero de 1998 (RJ 357), de 25 de junio de 1998 (RJ 5013) y de 3 de octubre de 1998 (RJ 8587). También la STS de 16 de diciembre de 1996 (RJ 8971) aprecia posibilidades de éxito de la demanda en solicitud de daños y perjuicios tardíamente presentada por el abogado negligente, si bien, ante la ausencia de petición de cantidad expresa en concepto de perjuicios económicos en la demanda de responsabilidad civil entablada contra aquél, el Tribunal acepta la indemnización fijada por la Audiencia Provincial.

En todos los casos citados debe tenerse en cuenta, sin embargo, que, como señala la SAP de Barcelona de 31 de enero de 2002 (JUR 75193), su denominador habitual *"es que el proceso o interés afectado por el error o, en general, negligencia del letrado o procurador es de una naturaleza tal que, en atención a la experiencia común, la normativa aplicable al caso dado y las circunstancias fácticas de éste, se estaba en condiciones de pronosticar con casi total seguridad que las pretensiones de la parte afectada se hubieran satisfecho en su integridad"*.

¹⁵¹ Por su parte, aprecian la ausencia de posibilidades de éxito de las pretensiones del actor no actuadas debidamente por el profesional y, consiguientemente, niegan la existencia de daños económicos, reparando únicamente los morales, las SSTs de 20 de mayo de 1996 (RJ 3793), de 26 de enero de 1999 (RJ 323) y la SAP de Barcelona de 31 de enero de 2002 (JUR 75193). En la misma línea se pronuncia la STS de 28 de julio de 2003 (RJ 5989), si bien en ella, tras negarse la existencia de daños económicos ante las prácticamente nulas posibilidades de éxito del recurso no presentado por el procurador, se niega igualmente el resarcimiento de los daños morales, sobre la base de la ausencia de petición de indemnización por este concepto.

obstante, tanto en un caso como en el otro, no podrá obviarse la reparación del perjuicio moral, que concurrirá siempre y que será valorado por el Juez o Tribunal conforme a criterios de prudencia y de equidad¹⁵².

– Una segunda tesis jurisprudencial, que parece haberse consolidado en los fallos más recientes, considera, en cambio, que el daño que produce al cliente la pérdida de oportunidades procesales tiene una naturaleza exclusivamente moral, consistente en la frustración de las posibilidades de obtener una tutela judicial efectiva de los intereses cuya protección se encomendó al profesional negligente. Desde esta perspectiva, resultan indiferentes las posibilidades de éxito de las pretensiones del perjudicado, porque la negligencia del profesional sólo produce un daño moral, que será valorado, en ausencia de criterios objetivos, conforme a principios o reglas de equidad¹⁵³.

El paso de una corriente jurisprudencial a otra ha sido explicado y justificado por CERVILLA GARZÓN con base en la imposibilidad de establecer, en relación con el daño económico o patrimonial, una relación causa-efecto entre la conducta negligente del profesional y el daño sufrido por el cliente, imposibilidad que se deriva del «*alea*» que está siempre presente en la actividad judicial. Es esa imposibilidad de apreciación del nexo causal la que, a juicio de esta autora, determina que el daño que deriva de la actividad profesional negligente de abogados y de procuradores se canalice por la vía del perjuicio moral, “*cuyo contenido se encuentra en constante ampliación*”, como una frustración del derecho de defensa que asiste a todos los ciudadanos¹⁵⁴.

No obstante, contra la tendencia más actual de la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la calificación y valoración de la pérdida de oportunidades como daño estrictamente moral se ha pronunciado en diversas ocasiones GÓMEZ POMAR¹⁵⁵.

¹⁵² Un resumen claro de la doctrina jurisprudencial expuesta se recoge en la SAP de Barcelona de 31 de enero de 2002 (JUR 75193).

¹⁵³ En este sentido, se pueden mencionar, entre otras, las SSTs de 11 de noviembre de 1997 (RJ 7871), 26 de junio de 1998 (RJ 5013), 14 de mayo de 1999 (RJ 3106), 23 de mayo de 2001 (RJ 3372), 8 de abril de 2003 (RJ 2956) y 29 de mayo de 2003 (RJ 3914). En la jurisprudencia menor también destacan fallos recientes, como: la SAP de Madrid (Sección 10ª) de 2 de marzo de 2002 (JUR 118403), la SAP de Zaragoza de 13 de enero de 2003 (JUR 44638) o la SAP de Valencia de 15 de enero de 2003 (JUR 75484).

¹⁵⁴ CERVILLA GARZÓN, Mª D., “Una nueva visión de la responsabilidad profesional del abogado”, *Actualidad Civil* (edición digital), nº 40, pág. 5.

¹⁵⁵ En concreto, *vid.* GÓMEZ POMAR, F., “Hacer pagar al mensajero. Comentario a la STS, 1ª, 28-1-2002”, *InDret*, 1/2003 y “Pleitos tengas: pérdida de un litigio, responsabilidad del abogado y daño moral. Comentario a la STS, 1ª, 8-4-2003”, *InDret*, 3/2003.

Entiende este autor que la solución acogida por el Tribunal Supremo, consistente en calificar las pérdidas de oportunidades procesales como daño exclusivamente moral, tiene su causa en “*su conocida inclinación a reconducir al más vaporoso ámbito de la indemnización del daño moral el resarcimiento de perjuicios de carácter patrimonial, aunque, tal vez, de difícil prueba*”¹⁵⁶. A su juicio, lo que el Tribunal Supremo pretende con esta forma de actuar es eludir las dificultades de determinación y cuantificación de unos perjuicios patrimoniales que, concretados en el valor esperado de la pretensión perdida con ocasión de la negligencia del prestador de los servicios, dependen necesariamente de la cuantía del litigio y de las posibilidades de éxito del mismo¹⁵⁷. Y como la determinación de estas últimas resulta ciertamente difícil, salvo que se entre a analizar el fondo del asunto frustrado por la negligencia del profesional, a los Tribunales les resulta más cómodo y sencillo recurrir al difuso concepto de perjuicio moral que proceder al análisis de las posibilidades de éxito de aquel litigio¹⁵⁸. Ahora bien, considera el autor que, disponiendo de estos elementos de cuantificación, los Tribunales deben entrar a valorar el concreto daño patrimonial producido a consecuencia de la negligencia profesional, si bien, para evitar problemas de duplicación de costes y de falta de competencia judicial, afirma que la determinación de las posibilidades de éxito del pleito frustrado deberá basarse, no en un conocimiento preciso y concreto del fondo del litigio, sino en el cálculo de la probabilidad media de éxito de un pleito de la misma clase a la que pertenece el que se perdió. Una vez determinada dicha probabilidad de éxito habrá de multiplicarse por la cuantía del pleito para obtener así la cuantificación del daño patrimonial sufrido, sin perjuicio de que a la cantidad obtenida se le añada la que pueda corresponder en concepto de daño moral¹⁵⁹. En definitiva, GÓMEZ POMAR rechaza la tendencia jurisprudencial actual y se muestra, por el contrario, partidario de la anterior.

2.2. Daños no patrimoniales

¹⁵⁶ GÓMEZ POMAR, F., “Hacer pagar al mensajero...”, *Op. et loc. cit.*, pág. 6.

¹⁵⁷ GÓMEZ POMAR, F., “Pleitos tengas...”, *Op. et loc. cit.*, pág. 6.

¹⁵⁸ Como pone de relieve GÓMEZ POMAR, la perfecta determinación de esas posibilidades de éxito del litigio perdido conllevarían la necesidad de entrar a examinar el fondo del asunto, con los consiguientes costes que supondría la reproducción del litigio frustrado y los eventuales problemas de falta de competencia del juez conocedor de la responsabilidad para conocer de aquel asunto (GÓMEZ POMAR, F., “Hacer pagar al mensajero...”, *Op. et loc. cit.*, pág. 7 y “Pleitos tengas...”, *Op. et loc. cit.*, pág. 7).

¹⁵⁹ GÓMEZ POMAR, F., “Pleitos tengas...”, *Op. et loc. cit.*, pág. 7.

2.2.1. Delimitación de su concepto

Llevar a cabo una delimitación de lo que debe entenderse por daños no patrimoniales exige retomar la contraposición realizada anteriormente entre perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales. A través de dicha contraposición, que partía del concepto que DE CUPIS atribuía al bien patrimonial –y que lo caracterizaba como aquél que es exterior al sujeto, valorable en dinero e idóneo para satisfacer una necesidad económica–, habíamos concluido que los bienes extrapatrimoniales eran aquellos otros que, en sentido contrario, se caracterizaban por la ausencia de valorabilidad pecuniaria y que no respondían a una necesidad económica, de donde resultaba que el interés extrapatrimonial estaba constituido por la utilidad no económica que un bien podía reportar a una persona. Por esta razón, habíamos concluido, igualmente, que los daños extrapatrimoniales se concretaban en la lesión de este tipo de intereses.

A la vista de lo anterior, encontramos en la doctrina algunas definiciones de daño extrapatrimonial que integran las ideas apuntadas, esto es, que, haciendo recaer el daño sobre un interés humano no económico y jurídicamente protegido, lo caracterizan como aquél que no es susceptible de equivalencia o valoración pecuniaria. Destaca en tal sentido la definición que de perjuicio moral¹⁶⁰ nos ofrecen en Francia los hermanos

¹⁶⁰ Sobre esta denominación de daño moral debe precisarse que, si bien algunos autores contraponen la expresión «daño moral» a la de «daño físico o corporal» para individualizar unos y otros perjuicios, lo cierto es que se ha generalizado, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, el empleo de la primera de las locuciones como equivalente o sinónima a la expresión «daños extrapatrimoniales». Por ello, aun cuando esta última aparece como la más correcta, dado que manifiesta la oposición de este tipo de perjuicios frente a los económicos o patrimoniales –y así lo puso de manifiesto GÓMEZ ORBANEJA, E., en «La acción civil de delito», *RDP*, 1949, pág. 200–, no vemos inconveniente en seguir usando la expresión «daños morales» en sentido equivalente a «daños extrapatrimoniales».

En el mismo sentido se pronunció ÁLVAREZ VIGARAY, que, pese a reconocer la mayor bondad de utilizar la denominación «daños no patrimoniales» considera que tampoco existe inconveniente en seguir usando la de «daños morales», *“que, además de estar muy extendida, tiene a su favor el ser la que emplea el art. 104 del Código Penal español (art. 113 del CP actual de 1995) y numerosas Sentencias del Tribunal Supremo”* (ÁLVAREZ VIGARAY, R., “La responsabilidad por daño moral”, *ADC*, 1966, pág. 85-86). Y, de forma similar, el portugués PINTO MONTEIRO, pese a reconocer que la expresión «daños no patrimoniales» es más rigurosa que la expresión «daños morales» porque *“a primeira é mais abrangente do que a segunda; por outro lado, porque ela faz avultar a característica essencial deste tipo de danos (ou seja, (...) a circunstância de serem danos insusceptíveis de uma avaliação em dinheiro); finalmente, porque é esta característica, comum a uma categoria (...) heterogênea de danos, que suscita o problema jurídico fundamental da sua reparação”*, titula su trabajo haciendo referencia a los daños morales (PINTO MONTEIRO, A., “Sobre a reparação dos danos morais”, *Op. et loc. cit.*, pág. 19).

Más recientemente, en nuestra doctrina hablan también de «daños morales» en el sentido de «daños no patrimoniales», CRISTÓBAL MONTES, A., “El daño moral contractual”, *RDP*, enero 1990, págs. 3-12; GARCÍA LÓPEZ, que lo hace a lo largo de toda su obra, (GARCÍA LÓPEZ, R., *Responsabilidad*

MAZEAUD, que lo caracterizan como "aquel que no se traduce en una pérdida de dinero, porque atenta contra un derecho extrapatrimonial"¹⁶¹. En sentido similar, nos encontramos con la ofrecida en nuestra doctrina por SANTOS BRIZ, quien, aun precisando posteriormente que no existe un concepto claro de los daños no patrimoniales, los define "en principio" como "aquellos cuya valoración en dinero no tiene la base equivalencial que caracteriza a los patrimoniales, por afectar precisamente a elementos o intereses de difícil valoración pecuniaria"¹⁶². Y, finalmente, nos parece merecedora de mención la aportada por el portugués PESSOA JORGE, que señala que "os prejuízos patrimoniais são aqueles que se verificam em relação a interesses avaliáveis em dinheiro; os prejuízos não patrimoniais ou morais são os que se verificam em relação a interesses insusceptíveis de avaliação pecuniária"¹⁶³.

Frente a este tipo de definiciones —a nuestro juicio, correctas— que caracterizan el daño extrapatrimonial a través de la idea de ausencia de valoración pecuniaria¹⁶⁴, nos encontramos con otras, meramente negativas, que se limitan a contraponer este tipo de perjuicios a los patrimoniales, señalando que son daños no patrimoniales todos aquellos

civil por daño moral... Op. cit.); DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, Op. cit., pág. 665 o GÓMEZ POMAR, F., "Daño moral", *InDret* 1/00.

¹⁶¹ MAZEAUD, H., L. y J., *Lecciones de Derecho Civil*, Op. cit., pág. 68

¹⁶² SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil...*, Op. cit., pág. 162.

¹⁶³ PESSOA JORGE, F., *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Op. cit., pág. 373

¹⁶⁴ Entre las que podemos mencionar, además, las siguientes:

La proporcionada por el italiano BONILINI, que define el daño no patrimonial como "ogni alterazione in peius che non si presta ad una effettiva e diretta valutazione in danaro" [BONILINI, G., "Pena privata e danno non patrimoniale", en AA.VV., *Le pene private* (A cura di F.D. BUSNELLI e G. SCALFI), Giuffrè Editore, Milano, 1985, pág. 303] y la recogida por su compatriota BIANCA, que considera como daño no patrimonial "la lesione di interessi non economici, ossia la lesione di interessi che alla stregua della coscienza sociale sono insuscettibili di valutazione economica" (BIANCA, M., *Diritto Civile*, Op. cit., pág. 166).

O las formuladas por la generalidad de los autores portugueses, que identifican el daño no patrimonial con aquél que resulta insusceptible de ser valorado en dinero. En tal sentido, GOMES DA SILVA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Op. cit., pág. 102; VAZ SERRA, A., "Reparação do dano não patrimonial", *Op. et loc. cit.*, pág. 69; GALVÃO TELLES, I., *Manual de Direito das Obrigações*, Op. cit., pág. 201; BAPTISTA MARQUES, A., *Da responsabilidade civil extracontratual*, Alijó, 1967, pág. 27; RUI DE ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1983, pág. 271; ANTUNES VARELA, J., *Das obrigações em geral*, Op. cit., pág. 595; NEVES PEREIRA, M.S.D., *Introdução ao Direito e às obrigações*, Edit. Almedina, Coimbra, 1992, pág. 310; PINTO MONTEIRO, A., "Sobre a reparação dos danos morais", *Op. et loc. cit.*, pág. 18; ALMEIDA COSTA, M.J., *Direito das Obrigações*, 9ª ed., Edit. Almedina, Coimbra, 2001, pág. 543; o MENEZES LEITÃO, L.M.T., *Direito das Obrigações*, Vol. I, 3ª ed., Edit. Almedina, Coimbra, 2003, pág. 337.

que se producen fuera del patrimonio del perjudicado¹⁶⁵. Sin embargo, estas últimas no nos aportan nada, por lo que deben ser rechazadas.

Así, partiendo de que los daños extrapatrimoniales presentan, como nota común, la imposibilidad de valoración pecuniaria, por recaer sobre intereses no económicos, se hace preciso determinar, avanzando en la delimitación de los perjuicios que nos ocupan, cuáles son esos intereses que constituyen su objeto.

En este punto, puede ser conveniente recordar que el conjunto de situaciones jurídicas en las que se encuentra una persona constituye su esfera jurídica, la cual está formada, a su vez, por la denominada esfera jurídica patrimonial (integrada por las situaciones jurídicas que gozan de este carácter) y por la esfera jurídica personal (constituida por las situaciones jurídicas atinentes a los bienes que integran el ser físico y espiritual de la persona). Pues bien, en esta segunda esfera jurídica, la personal o extrapatrimonial, se pueden distinguir, de un lado, las relaciones familiares personales y, de otro, las relaciones estrictamente personales, que son las que hacen referencia a los bienes o derechos de la personalidad. A su vez, estas últimas relaciones estrictamente personales se suelen clasificar en una esfera física o corporal (que comprende la vida, así como la integridad, la salud y el bienestar físicos), una esfera espiritual (integrada por la integridad, la salud y el bienestar psíquicos, así como por el honor, la intimidad, la imagen, las ideas o el nombre) y una esfera mixta (en la que se incluyen las libertades: física, de residencia, de circulación, de expresión, etc.).

A la vista de lo anterior, podemos concluir que la lesión a cualquiera de los intereses que se integran en la esfera jurídica personal o extrapatrimonial de los individuos será constitutiva de un daño o perjuicio de naturaleza extrapatrimonial.

¹⁶⁵ Un ejemplo de este tipo de definiciones nos lo proporciona ROCA TRÍAS, que identifica los daños morales con "aquéllos que afectan a la persona en cualquiera de sus esferas que no sea la patrimonial" (ROCA TRÍAS, E., *Derecho de Daños, Textos y materiales*, Op. cit., pág. 125).

Definiciones similares a ésta que, en realidad, poco o nada definen, las encontramos en otros autores españoles, como ROCES, W., "Breves acotaciones...", Op. et loc. cit., págs. 294 y 295 y GÓMEZ ORBANEJA, E., "La acción civil de delito", Op. et loc. cit., pág. 200.

En la doctrina alemana, se pronuncian en tal sentido FISCHER, H.A., *Los daños civiles y su reparación*, Op. cit., pág. 222 y HEDEMANN, J.W., *Tratado de Derecho Civil*, Op. cit., pág. 119.

Y en la italiana, RAVAZZONI, A., *La riparazione del danno non patrimoniale*, Op. cit., págs. 86.

Ahora bien, si queremos delimitar lo más posible la noción de los daños extrapatrimoniales¹⁶⁶ se hace necesaria una profundización en la categoría de los derechos de la personalidad para aclarar cuáles son los intereses englobados en tal categoría. En este punto, cabe realizar una serie de precisiones:

1ª) Algunos derechos de la personalidad gozan de reconocimiento y protección específicos al aparecer contemplados de forma expresa en ciertos preceptos de nuestra Constitución. Es lo que ocurre con todas aquellas situaciones jurídicas que nuestra Constitución regula en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título Primero, bajo el epígrafe «Derechos fundamentales y libertades públicas».

2ª) El art. 15 de la CE reconoce, junto al derecho a la vida, el derecho a la integridad física y moral. Pues bien, con relación a este último derecho de la personalidad se hace conveniente precisar su contenido, que es más complejo de lo que, a primera vista, pudiera parecer¹⁶⁷. Y para ello, es necesario remontarse a los orígenes del precepto.

En este sentido, cuando el art. 15 del Anteproyecto de Constitución fue aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados contemplaba solamente el derecho a la integridad física, sin recoger la integridad moral. Ello fue debido a una traducción defectuosa del término inglés *physical*, término éste que aparece en las declaraciones internacionales de derechos con un significado equivalente a incolumidad personal, significado mucho más amplio que el de la mera integridad física, puesto que esta última comprende únicamente la protección frente a las limitaciones de dicha integridad, sin incluir, en cambio, la protección de la integridad psíquica o de la salud física y mental frente a la provocación de enfermedades¹⁶⁸.

¹⁶⁶ La dificultad de la delimitación de estos daños fue puesta de manifiesto por BORRELL MACIA cuando afirmó que *"la amplitud de su concepto es incommensurable"* (BORRELL MACIA, A., *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil*, 2ª ed., Edit. Bosch, Barcelona, 1958, pág. 211).

¹⁶⁷ En este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., "Comentario del art. 15 de la Constitución Española de 1978", en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, pág. 316.

¹⁶⁸ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., "Comentario del art. 15 de la Constitución Española de 1978", *Op. et loc. cit.*, pág. 317.

Así las cosas, para que el precepto pudiese contemplar ese significado amplio se hacía necesario, o bien suprimir toda adjetivación de la integridad, o bien añadir al adjetivo «física» el adjetivo «moral». Esta segunda solución fue la que acogió la Comisión del Senado, dando lugar a la redacción definitiva del art. 15, que pasó a proteger el “*derecho a la integridad física y moral*”.

Pues bien, de acuerdo con las consideraciones expuestas, hay que entender que bajo la fórmula del art 15 de la CE se protege el derecho a la incolumidad personal¹⁶⁹, derecho cuyo contenido puede concretarse en las siguientes facultades:

a) Derecho a la integridad física, entendido como el derecho a no sufrir ninguna limitación o merma de dicha integridad;

b) Derecho a la integridad psíquica, esto es, el derecho de la persona a no ver herida, modificada o anulada su voluntad, sus ideas o pensamientos, sus sentimientos...;

c) Derecho a la salud física y mental frente a enfermedades no constitutivas de restricciones a la integridad física o psíquica;

d) Derecho al bienestar físico y psíquico, entendido como el derecho de la persona a que no se le hagan padecer dolores o molestias, tanto físicas como psíquicas;

e) Derecho a la propia apariencia personal o derecho de la persona a no ser desfigurada en su imagen externa a través de actos no constitutivos de limitaciones a la integridad física.

3ª) Todas aquellas situaciones jurídicas relativas a la persona que carezcan de la protección brindada por una normativa específica deben ser protegidas, siempre que así lo exija la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad. Esta

¹⁶⁹ Así lo entiende RODRÍGUEZ MOURULLO, que hace equivaler la expresión «incolumidad personal», contemplada, entre otras, en la Constitución alemana, a la dicción «integridad física y moral de la persona» contenida en la CE, atribuyéndole, en cualquier caso, un significado complejo comprensivo de una pluralidad de derechos (RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Comentario del art. 15 de la Constitución Española de 1978”, *Op. et loc. cit.*, pág. 317).

protección podrá instrumentarse a través del art. 10 de la CE, pues a tal conclusión conducen los siguientes argumentos de Derecho positivo:

a) Existen unos argumentos de carácter substancial, que derivan del tenor literal del art. 10 de la CE, el cual, por un lado, al referirse a la dignidad de la persona y a los derechos que le son inherentes, identifica esta dignidad con la raíz de los derechos de la personalidad, de tal modo que siempre que la dignidad de la persona exija que se proteja una determinada situación, la misma debe ser protegida. Por otro lado, la disposición comentada califica la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como *"fundamento del orden político y de la paz social"*. Por tanto, como fundamento del orden jurídico, que, como tal fundamento, ha de ser objeto de una protección máxima.

b) Por otra parte, nos encontramos con un argumento de carácter sistemático: el art. 10 de la CE está situado en el umbral de los derechos de la personalidad, al preceder el tratamiento o regulación de los mismos, por lo que se puede afirmar que constituye el germen y el fundamento de estos derechos. En este sentido se pronunció el propio Tribunal Constitucional en sentencia de 11 de abril de 1985 (STC 53/1985), al afirmar que la colocación del precepto en el pórtico del Título I indica que dicha disposición constituye *"el punto de arranque, el pórtico ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos"*.

Estos argumentos permiten considerar la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad como cláusula de cierre de la protección de los derechos de la personalidad, lo que ha permitido englobar dentro de estos derechos la protección del derecho al cambio de sexo, del derecho al trasplante o del derecho al nombre, derechos éstos que, pese a no gozar de protección específica, resultan amparados con base en la dignidad de la persona y en el libre desarrollo de la personalidad.

En definitiva, se puede afirmar que la lesión de un derecho o interés no económico —ya se trate de intereses derivados de los derechos de la personalidad, ya de otros intereses no económicos relativos a estados civiles o a relaciones familiares personales— dará lugar a un daño extrapatrimonial, daño que, frente a la diversidad de intereses sobre

los cuales puede recaer, presenta siempre, como nota común, su imposibilidad de valoración pecuniaria¹⁷⁰.

Pero esto será así únicamente en la medida en que el interés lesionado sea considerado digno de protección o tutela jurídica. En este punto, creemos que apunta en la dirección adecuada para delimitar el ámbito del daño no patrimonial el criterio ofrecido por CRISTÓBAL MONTES. Este criterio consiste en entender que concurre un daño no patrimonial siempre que *"el ataque afecte a un valor o situación corporal o espiritual que en la estima colectiva del momento se juzgue digno de protección"*¹⁷¹.

Ahora bien, dado que la protección jurídica tiene por objeto intereses y dado que esta protección es ofrecida por las normas, se podría delimitar más exactamente el campo de los daños extrapatrimoniales señalando que concurrirán éstos siempre que tenga lugar la lesión de intereses carentes de valor pecuniario, pero sólo en la medida en que tales intereses sean considerados dignos de protección por las concretas normas del Ordenamiento o por sus principios, ya sean éstos de Derecho positivo, tradicionales, sociológicos o, incluso, según los valores y directrices que lo informan. La adopción de este criterio sirve, de igual modo, para justificar el continuo desarrollo que tiene lugar en la esfera de los daños no patrimoniales y que se concreta en una constante ampliación por parte de la jurisprudencia de los valores o situaciones cuya vulneración se considera constitutiva de daño inmaterial resarcible.

2.2.1.1. Crítica a la distinción entre daños morales y daños corporales en el seno de la categoría de los perjuicios no patrimoniales

¹⁷⁰ Por lo anterior no nos parecen adecuadas ciertas definiciones de daño extrapatrimonial que lo identifican exclusivamente con la lesión de los derechos de la personalidad, dejando al margen otros posibles intereses no económicos.

Es el caso del Profesor DE ÁNGEL, que considera que *"los daños morales son los infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social o la salud física o psíquica; en suma, a los que se suelen denominar derechos de la personalidad o extrapatrimoniales"* (DE ÁNGEL Y AGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, Op. cit., pág. 675).

En sentido similar, adoptando, además, la clasificación de las esferas jurídicas contenida en el texto, se pronuncia GARCÍA LÓPEZ, que define el daño moral como *"el resultado perjudicial que tiene por objeto la lesión o menoscabo de alguno de los bienes o derechos correspondientes al ámbito estrictamente personal de la esfera jurídica del sujeto de derecho, que se resarcen por vía satisfactoria bajo el criterio equitativo del juez"* (GARCÍA LÓPEZ, R., *Responsabilidad civil por daño moral...*, Op. cit., pág. 80). Se aprecia, a través de esta afirmación, que este autor alude expresamente a la subesfera estrictamente personal, por lo que deja de lado la otra subesfera (la de las relaciones familiares personales), cuando, en realidad, ambas integran la esfera jurídica extrapatrimonial de las personas.

¹⁷¹ CRISTÓBAL MONTES, A., *"El daño moral contractual"*, Op. et loc. cit., pág. 3.

Una vez delimitada la categoría de los daños extrapatrimoniales a través de la nota de la inestimabilidad pecuniaria, nos parece adecuado realizar algunas consideraciones acerca de aquellas concepciones que proceden a una subdivisión en el seno de esta categoría de daños, diferenciando, por un lado, los daños corporales y, por otro, los daños puramente morales.

Esta subdivisión, que parece tener su origen en Italia tras la promulgación del CCIt. de 1942¹⁷², se recoge y se justifica en una obra de SCOGNAMIGLIO del año 1957¹⁷³, en la que este autor propone distinguir, dentro de la esfera de los perjuicios extrapatrimoniales, los «daños personales» de los «daños morales». Los primeros los define como las lesiones a la integridad física o moral, al honor, a la libertad sexual, etc., es decir, a los denominados bienes de la personalidad; mientras que conceptúa los segundos como aquellos daños que se refieren a la esfera psíquica del sujeto, esto es, a sus sentimientos, afecciones, etc., que resultan lesionados a causa del hecho dañoso. Entre unos y otros daños existiría, a su juicio, una diferencia fundamental atinente a su relevancia jurídica: los daños personales serían siempre y por sí mismos resarcibles y ello, en razón del valor privilegiado que ostentan en el Ordenamiento jurídico los intereses sobre los que recaen; mientras que, por el contrario y, en coherencia con lo dispuesto en el art. 2059 CCIt.¹⁷⁴, los daños morales sólo adquirirían relevancia jurídica a los fines del resarcimiento en casos excepcionales, casos que se concretan, en opinión

¹⁷² En efecto, DE CUPIS (*El daño*, *Op. cit.*, págs. 769-774) nos explica que los debates en torno a la posibilidad de admitir el resarcimiento del daño no patrimonial comenzaron ya bajo la vigencia del CCIt. de 1865, cuyo art. 1151, al recoger una expresión genérica de «daño», era invocado por los partidarios de aquel resarcimiento para incluir en él la reparación del perjuicio no patrimonial. Sin embargo, no resueltas las dudas doctrinales en torno al resarcimiento o no de tales perjuicios, el legislador penal italiano comenzó a referirse a ellos en diversas normas sucesivas (art. 38 del CP de 1889, art. 7 del Código de Procedimiento Criminal de 1913 y art. 185.2 del CP de 1930), declarándolos resarcibles en todos aquellos casos en que el hecho que los producía era constitutivo de delito. Con estas intervenciones del Derecho Penal volvieron a suscitarse las dudas acerca del alcance de tales declaraciones normativas, debatiendo la doctrina y la jurisprudencia sobre la posibilidad de extender la reparación de los daños no patrimoniales más allá del ámbito del ilícito penal, posibilidad ésta que, tras un período de dudas, fue rechazada por los Tribunales.

Ante esta situación, los defensores de una tutela más amplia de los intereses no patrimoniales vieron su oportunidad en la elaboración del nuevo CCIt., por lo que durante la elaboración legislativa del mismo, volvieron a manifestar sus argumentos, los cuales fueron finalmente descartados, a la vista de la redacción definitiva del art. 2059 del CCIt. de 1942.

A partir de este momento, los autores partidarios del resarcimiento de los perjuicios no patrimoniales comenzaron una lucha argumental dirigida a la superación del límite constituido por el art. 2059 para dar así satisfacción a lo que ellos consideraban como una exigencia social general y absoluta.

¹⁷³ SCOGNAMIGLIO, R., «Il danno morale», *Riv. Dir.*, 1957, págs. 292 y 296.

¹⁷⁴ Art. 2059 CCIt.: «*Danni non patrimoniali. — Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge*».

del autor citado, en aquellas hipótesis en las cuales el daño moral se produce en dependencia de un daño a la persona.

Pues bien, la propuesta de este autor, que se realiza con la intención de salvar el obstáculo que supone el art. 2059 a la resarcibilidad de ciertos daños extrapatrimoniales que, de acuerdo con la conciencia social, no podían quedar sin reparación¹⁷⁵, fue asumida por la doctrina italiana y posteriormente por la jurisprudencia de ese país en relación con un ámbito concreto: el de los atentados a la salud o integridad psicofísica de la persona. De este modo, dichos atentados pasaron a constituir, junto con las dos categorías de daños tradicionalmente admitidas (daños patrimoniales y daños no patrimoniales), una tercera categoría independiente de las anteriores que, bajo la denominación de «*danno biologico*», contempla las lesiones a la integridad psicofísica del individuo como el principal exponente del daño a la persona¹⁷⁶, debiendo, en consecuencia, ser reparadas por sí mismas, con independencia de otras consecuencias patrimoniales y/o morales que de ellas puedan derivar¹⁷⁷.

En España, la situación se planteó de modo diferente. Así, aunque, igual que en Italia, se partió originariamente de la admisión y distinción de dos categorías de daños resarcibles (patrimoniales y no patrimoniales)¹⁷⁸, de los cuales solamente los perjuicios

¹⁷⁵ Atendiendo a la regulación contenida en el citado art. 2059 CCIt., que limita la resarcibilidad de los daños extrapatrimoniales a los supuestos determinados en la ley y, por tanto, básicamente a las hipótesis constitutivas de delito (por aplicación del art. 185.2 del CPIt.), la doctrina italiana se encuentra ante la imposibilidad de declarar resarcibles daños que, en cambio, sí lo son en aquellos sistemas jurídicos en los que, como ocurre en el Derecho español, la reparación del daño se postula a través de formulas generales (art. 1902 CC).

¹⁷⁶ Los autores italianos GIANNINI y POGLIANI expresan esta idea calificando las lesiones a la integridad psicofísica como «*il pregiudizio primario del danno alla persona*» (GIANNINI, G. y POGLIANI, M., *Op. cit.*, pág. 168).

¹⁷⁷ La importancia de la consideración independiente de estos daños a la persona ha sido tal en Italia que GIANNINI y POGLIANI han llegado a valorar la introducción dentro del daño resarcible de este *tertium genus* constituido por el «*danno biologico*» como el fin de la concepción patrimonialista de la tutela resarcitoria y el inicio de la concepción personalista de aquella (GIANNINI, G. y POGLIANI, M., *Op. cit.*, págs. 15 y 168).

Sin embargo, esto es así solamente por lo que se refiere a esa nueva categoría del daño. Fuera de este ámbito, el art. 2059 del CCIt. sigue constituyendo un obstáculo al resarcimiento de muchos otros perjuicios extrapatrimoniales cuya reparabilidad venía siendo demandada por numerosos autores. Algunos de ellos reclamaban la resarcibilidad de tales daños no sólo sobre la base de las exigencias sociales, sino también desde el punto de vista de las funciones de la responsabilidad civil. Es el caso de MONTEL, que en el año 1971 se pronunciaba en el siguiente sentido: «*è da augurare che il danno morale venga risarcito in tutti i casi in materia civile se vogliamo escludere che la sua riparazione costituisca una pena aggiunta e se vogliamo considerarla unicamente come risarcimento.*» (MONTEL, A., *Problemi della responsabilità civile e del danno*, 2ª ed., Cedam, Padova, 1971, pág. 109).

¹⁷⁸ A estas dos categorías, y sólo a ellas, alude ROCES a lo largo de las páginas que dedica a tratar «*la posición que adopta nuestro Derecho ante el problema del daño moral*», cuya resarcibilidad se

patrimoniales se estimaban resarcibles; cuando se planteó la oportunidad de extender el resarcimiento a los daños no patrimoniales, ello pudo realizarse sobre la base del art. 1902 del CC, el cual contiene una referencia genérica al daño, sin adjetivaciones ni límites. Por esta razón, no existiendo óbice normativo a la admisión del resarcimiento de los perjuicios no patrimoniales, resulta innecesario crear una tercera categoría de daños resarcibles, al lado de los tradicionalmente admitidos como tales.

Pese a ello, un buen número de autores españoles, influidos probablemente por la doctrina italiana, han procedido a distinguir, bajo argumentos diversos, dos subespecies distintas dentro de la genérica categoría de los daños no patrimoniales, subespecies que se corresponden con lo que ellos denominan, respectivamente, daños corporales y daños morales.

Es el caso de GARCÍA SERRANO, que considera que dentro de la categoría de los daños extrapatrimoniales se incluyen: 1º) los *daños morales*, a los que identifica con las lesiones o atentados a los sentimientos y afectos más íntimos de la persona o a los bienes o derechos de la personalidad (libertad, honor, intimidad, propia imagen, etc.); y 2º) los *daños físicos o corporales*, entendidos éstos como atentados o lesiones a la salud, tanto física como psíquica, de las personas¹⁷⁹. Esta distinción la justifica el autor sobre el argumento expuesto por DE CASTRO de que la persona humana aparece como una unión indisoluble de cuerpo y alma¹⁸⁰, por lo que ambas esferas de la persona han de gozar de la protección que proporciona el Ordenamiento¹⁸¹.

pretende bajo la inclusión de dicho daño en la amplia fórmula del art. 1902 del CC (ROCES, W., "Breves acotaciones...", *Op. et loc. cit.*, págs. 293-299). Ello prueba que no es necesaria la creación de ninguna otra categoría separada, al quedar todos los daños cubiertos por la referencia del mencionado precepto.

¹⁷⁹ GARCÍA SERRANO, F., "El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil", *ADC*, 1972, págs. 802 y 803.

Aunque de forma menos clara y decidida parece optar también por esta distinción ÁLVAREZ VIGARAY, R., "La responsabilidad por daño moral", *Op. et loc. cit.*, pág. 86.

¹⁸⁰ DE CASTRO Y BRAVO, F., "Los llamados derechos de la personalidad", *ADC*, 1959, pág. 1267.

¹⁸¹ No obstante, GARCÍA SERRANO introduce una excepción a esta clasificación de los daños extrapatrimoniales, pues tratándose de personas jurídicas entiende que el daño moral sí presenta el mismo contenido que el daño no patrimonial, dado que careciendo estas personas jurídicas de cuerpo físico, el único daño no patrimonial susceptible de ser sufrido por ellas es el daño moral, y no en el sentido de dolor psíquico o perturbación de ánimo, que tampoco pueden padecer, sino como atentado a su prestigio, dignidad o autoridad moral (GARCÍA SERRANO, F., "El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil", *Op. et loc. cit.*, págs. 802-803 y 808).

Asimismo, en relación con las vulneraciones del honor de las personas jurídicas, *vid.* DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., que en *Tratado de responsabilidad civil*, *Op. cit.*, pág. 690, cita la STS de 5 de octubre de 1989 (RJ 6889), en la que el Tribunal Supremo declara que el honor es un valor referible a personas

En relación con esta clasificación realizada por el autor citado hemos de señalar con GARCÍA LÓPEZ¹⁸² que, a nuestro juicio, la distinción entre daño moral y daño físico o corporal carece de toda trascendencia en orden a la calificación del perjuicio –no así, en cambio, con relación a su concreta reparación, ámbito éste en el que el perjuicio corporal adquiere autonomía al considerarse resarcible por sí mismo, al margen de otros daños patrimoniales o morales (v.gr., «*pretium doloris*») que con él puedan coexistir–. La afirmación precedente deriva de la consideración de que el uno (daño moral) es tan extrapatrimonial como el otro (daño corporal), por lo que presentando idénticas características, iguales serán las consecuencias jurídicas que de ellos se deriven.

En efecto, no hay ningún aspecto bajo el cual puedan diferenciarse: así, es común a tales perjuicios la ausencia de equivalencia pecuniaria y, consiguientemente, la función compensatoria que desempeña la indemnización en dinero; la dificultad de la prueba de su existencia; o la ausencia de criterios objetivos de valoración, que hacen que ésta sea remitida a la libre discrecionalidad de los órganos jurisdiccionales. Además, de la justificación empleada por GARCÍA SERRANO no se deriva, en nuestra opinión, una necesaria subdivisión en el seno de los perjuicios extrapatrimoniales, porque si bien es cierto, dado que la persona está integrada por una esfera física y otra espiritual, que la adecuada protección de la misma debe comprender ambos aspectos, no lo es menos que a este fin responde, entre otros, el art. 15 de la CE, el cual reconoce el derecho fundamental de las personas a la vida y a la integridad física y moral en el sentido amplio anteriormente apuntado. Por ello, de aquel argumento expuesto por el autor de referencia no se deriva necesidad de diferenciación alguna dentro de la genérica categoría de los perjuicios extrapatrimoniales.

Otros autores contemplan de modo separado los daños corporales al considerar que presentan, frente a los puramente morales, particularidades relacionadas con el modo de proceder a su valoración¹⁸³. Sin embargo, en nuestro país la valoración de este tipo de

individualmente consideradas, mientras que las personas jurídicas tienen dignidad, prestigio, autoridad moral, pero no propiamente honor.

¹⁸² GARCÍA LÓPEZ, R., *Responsabilidad civil por daño moral...*, Op. cit., pág. 66.

¹⁸³ Es el caso del Profesor DE ÁNGEL, que realiza un estudio comparado de los sistemas de valoración del daño corporal en los distintos países de nuestro entorno sobre la base de las particularidades que presenta la valoración de ese tipo de daños (DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, Op. cit., pág. 692 y ss).

daños extrapatrimoniales que afectan a la esfera de la salud de las personas no difiere de la valoración de aquellos otros que recaen sobre intereses no patrimoniales diversos, pues en cualquiera de estas hipótesis la cuantificación de la indemnización corresponde a los Tribunales, que proceden a determinarla por medio de criterios discrecionales y equitativos. Es verdad, no obstante, que la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, modificando la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, introdujo un sistema de tablas o baremos para valorar los daños causados a las personas con motivo de accidentes de circulación, pero no debe olvidarse que en dicho Sistema se cuantifican legalmente, no sólo los perjuicios derivados de las lesiones a la integridad física y psíquica, sino también los denominados por la propia Ley «daños morales», cuya valoración se declara incluida expresamente en las cuantías señaladas por las Tablas¹⁸⁴. Por ello, tampoco por esta vía se encuentra justificación a la clasificación que distingue entre daños corporales y morales, porque la posibilidad de determinar indemnizaciones convencionales como las fijadas en esa Ley existe, ya se trate de unos o de otros.

Una revisión moderna de las teorías que separan los daños morales y los daños corporales fue llevada a cabo por VICENTE DOMINGO. Esta autora, tras aceptar la clásica división entre daños patrimoniales y no patrimoniales, divide estos últimos en *daños no patrimoniales* y *no personales*, en los que incluye los perjuicios morales causados a las personas jurídicas, y *daños no patrimoniales personales*, que afectan a la esfera no patrimonial de las personas físicas. Y, aún dentro de éstos, distingue entre *daños corporales* y *daños morales*. La autora configura así los daños corporales como una categoría autónoma dentro de los perjuicios extrapatrimoniales y lo hace sobre el doble argumento de que tales daños recaen sobre un bien concreto y específico, la integridad física o psíquica de las personas, y sobre la constatación de que los mismos producen consecuencias de diverso orden, tanto pecuniarias como no pecuniarias¹⁸⁵. Sin

¹⁸⁴ Así ocurre en la Tabla I, comprensiva de las Indemnizaciones básicas por muerte (Incluidos los daños morales), en la Tabla III, relativa a las Indemnizaciones básicas por lesiones permanentes (incluidos daños morales) y en la Tabla V, que, referente a las Indemnizaciones por incapacidad temporal y, en relación con la Indemnización básica, declara incluidos en ésta, igualmente, los daños morales.

¹⁸⁵ VICENTE DOMINGO, E., *Los daños corporales: tipología y valoración*, Op. cit., págs. 49-52.

Anteriormente sostuvo la autonomía del daño corporal sobre el argumento de la producción de consecuencias pecuniarias y no pecuniarias ROGEL VIDE, C., en *La responsabilidad civil extracontractual. Introducción al estudio jurisprudencial*, Edit. Civitas, Madrid, 1977, pág. 65 y, más recientemente, insiste en la distinción daños corporales-daños morales con base en el mismo argumento, que le lleva, incluso, a una nueva clasificación entre daños corporales patrimoniales y daños corporales

embargo, las justificaciones aducidas por esta autora en defensa de la clasificación a la que procede en el seno de los perjuicios no patrimoniales no nos parecen aceptables por las siguientes razones:

a) El argumento que independiza los daños corporales bajo la afirmación de que recaen sobre un bien o interés concreto y específico no es decisivo, porque siendo ese bien o interés extrapatrimonial, ninguna diferencia presenta respecto de los otros bienes e intereses de la misma naturaleza cuya lesión constituye, a juicio de la citada autora, un perjuicio moral.

En efecto, de acuerdo con esta consideración, podría independizarse cualquier perjuicio inmaterial por referencia al concreto interés extrapatrimonial sobre el que recayese¹⁸⁶.

b) Más criticable todavía nos parece la justificación que se apoya en la consideración de que los llamados daños corporales producen consecuencias de orden diverso, pecuniarias y no pecuniarias. Como ya hemos visto al tratar el concepto de daño jurídicamente relevante, los daños se definen por referencia al interés sobre el que recaen. De este modo, si un perjuicio produce consecuencias pecuniarias será porque habrá recaído sobre un interés patrimonial del sujeto y, en consecuencia, estaremos ante un perjuicio de naturaleza patrimonial. Por el contrario, producirá consecuencias no pecuniarias cuando afecte a un interés no patrimonial, en cuyo caso será constitutivo de un daño de esa naturaleza. Y ello con independencia de que el bien o derecho que constituye el soporte material del perjuicio sea patrimonial o no patrimonial, porque

extrapatrimoniales, BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Op. cit., pág. 86.

Asimismo, alude a la concepción sostenida por Vicente Domingo, YZQUIERDO TOLSADA, quien, a pesar de sostener la distinción entre daños corporales y daños morales, considera que, puesto que los primeros pueden tener consecuencias pecuniarias y no pecuniarias, "una vez aceptada sin reparos la categoría, fonomenológicamente autónoma del daño corporal, es perfectamente asumible reconducir la cuestión a la dicotomía tradicional, que ve las cosas desde el punto de vista de las consecuencias y que es la seguida por el Código Penal: daños materiales o patrimoniales y daños morales" (YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad...*, Op. cit., pág. 155).

¹⁸⁶ Así lo hacen algunos autores, franceses en su mayoría, que llegan a distinguir diferentes categorías de daños resarcibles en función del interés que resulta perjudicado, categorías tales como el «*préjudice d'agrément*» o «*pérdua de agrado*», el «*préjudice esthétique*», el «*préjudice d'affection*», el «*pretium doloris*» o el «*pretium affectionis*». Tales clasificaciones, de las que se hace eco YZQUIERDO TOLSADA, M., en *Sistema de responsabilidad...*, Op. cit., págs. 161 y 162, se observan, entre otros, en JOURDAIN, P., *Les principes de la responsabilité civile*, Op. cit., pág. 116-117.

cualquiera de ambos intereses puede ligarse indistintamente a bienes de una u otra clase¹⁸⁷.

Por último, alude de nuevo a esta distinción, aunque en un sentido diverso y más correcto, SAINZ MORENO. Este autor opta por calificar los perjuicios extrapatrimoniales con la expresión «daños personales» y lo hace bajo el argumento de que tal denominación comprende, tanto los daños corporales como los morales que, con frecuencia, difícilmente pueden separarse entre sí y, ello, porque tanto unos como otros tienen en común la lesión de un bien que no es objeto de transacciones comerciales, así como la producción de un sufrimiento o dolor a la persona¹⁸⁸. Por tanto, este autor, pese a ser consciente de la subdivisión que parte de la doctrina realiza en el ámbito de la categoría de los perjuicios extrapatrimoniales, parece inclinado más bien a obviarla con base en los mismos argumentos que nosotros hemos señalado, es decir, basándose en las características comunes que unos y otros presentan.

Por tal razón, esta denominación de «daños personales» que emplea el autor citado nos parece correcta desde el momento en que engloba, sin distinción, todos aquellos perjuicios que recaen sobre la esfera personal del sujeto, en contraposición a aquellos otros que tienen por objeto los intereses integrantes de su esfera patrimonial. En definitiva, se trata, en nuestra opinión, de una denominación equivalente a la de «daños extrapatrimoniales».

2.2.1.2. La concepción del daño no patrimonial acogida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Con el fin de completar la exposición en torno al concepto y categorías que se comprenden bajo la expresión de daño no patrimonial, nos parece oportuno hacer una remisión a la jurisprudencia emanada por nuestro Tribunal Supremo. En concreto, nos parece destacable una reciente sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 22

¹⁸⁷ En este sentido, ZANNONI, E.A., *El daño en la responsabilidad civil*, Op. cit., págs. 59 y ss. y 287 y ss.

¹⁸⁸ SAINZ MORENO, F., "Transmisión hereditaria de la indemnización por daños morales (Sobre la reforma del parágrafo 847 del Código Civil alemán y la situación en el Derecho español)", en *RAP*, nº 124, 1991, pág. 445, nota nº 2.

de febrero de 2001¹⁸⁹ en la que se contiene un resumen de la doctrina jurisprudencial relativa a las clases y a los criterios de determinación de los daños y perjuicios resarcibles (F.J. 5º), así como un completo análisis acerca del daño moral (F.J. 6º). El Tribunal Supremo, tras acoger de modo expreso la clasificación tripartita del daño (personal o corporal, material y moral) defendida por gran parte de la doctrina, dedica un Fundamento jurídico completo a exponer de forma sistemática las consideraciones seguidas por el propio Tribunal en los múltiples y variados pronunciamientos emanados acerca del daño moral. Concretamente, resume la doctrina jurisprudencial existente en torno al concepto, manifestaciones y necesidad de prueba de tales perjuicios morales.

Por lo que se refiere al concepto de daño moral y teniendo en cuenta su separación respecto de los perjuicios corporales, declara el Tribunal Supremo, recogiendo las opiniones vertidas al respecto por la doctrina y por la propia jurisprudencia¹⁹⁰, que dicha noción se encuentra integrada por *“todas aquellas manifestaciones psicológicas que padece o sufre el perjudicado –o persona allegada al mismo por vínculos afectivos o parentales–, por el acaecimiento de una conducta ilícita, y que por su naturaleza u ontología, no son traducibles en la esfera económica”*. Con esta primera aproximación al concepto de daño moral nuestro más alto Tribunal pone ya de manifiesto la resarcibilidad tanto de los daños morales directos, esto es, de los sufridos directamente por el titular del interés lesionado, como de los indirectos, los cuales vienen constituidos por los padecimientos de igual naturaleza que experimentan los allegados de la víctima principal y que encuentran su causa en el daño o perjuicio a ésta inferido. Pero la declaración del Tribunal Supremo no se limita a ofrecer una definición general de lo que por daño moral ha venido entendiendo en las numerosas sentencias relativas a tal categoría, sino que, además, se encarga de llevar a cabo una delimitación, tanto negativa como positiva, del concepto señalado.

Efectivamente, a través de la delimitación o «integración negativa» –como se la denomina en el texto de la sentencia–, el Tribunal Supremo trata de individualizar el

¹⁸⁹ RJ 2242.

¹⁹⁰ Para una visión del concepto de daños morales ofrecido por la Sala de lo Civil del TS en pronunciamientos anteriores, *vid.* la STS de 23 de julio de 1990 (RJ 6164) en la que, citando a su vez a las SSTs de 31 de mayo de 1983 (RJ 2956) y de 25 de junio de 1984 (RJ 1986\1145), define el daño moral como *“el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual producido por agresión directa al acervo extrapatrimonial de la personalidad (ofensas a la fama, al honor, a la honestidad), y su reparación no va dirigida a cubrir una pérdida material, sino a producir en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado”*.

daño moral frente a las otras clases de perjuicios. El criterio que emplea para llevar a cabo dicha individualización atiende a la posibilidad de traducción económica de unos y otros daños. En este sentido, señala el Tribunal que los daños morales son ajenos a toda posibilidad de traducción a términos monetarios, a diferencia de lo que ocurre con los perjuicios materiales, los cuales constituyen, por su propia naturaleza, el paradigma de los bienes traducibles en su “*quantum económico*” y a diferencia, asimismo, de los perjuicios corporales, también traducibles en dinero, si bien, esta vez, como resultado de una convención social o –en expresión del Tribunal Supremo– “*por una técnica de acoplamiento sociocultural*”.

Por su parte, mediante la «integración positiva» se intentan extraer o deducir del concepto de daños morales una serie de supuestos o subcategorías específicas, ya que, pese a que tales perjuicios adolecen de gran dificultad en cuanto a su perceptibilidad jurídica, pues afectan, por definición, a la esfera del intimismo de la persona, son apreciables, según el Tribunal Supremo, “*por el seguimiento empírico de las reacciones, voliciones, sentimientos o instintos que cualquier persona puede padecer al haber sido víctima de una conducta transgresora*”. Conforme al criterio expuesto, el Alto Tribunal es capaz de individualizar dos grupos de hipótesis de daños morales: a) Un primer grupo, en el que engloba los sufrimientos y dolores físicos o psíquicos que la víctima haya padecido a consecuencia del hecho ilícito, entre los que se incluye el “*desquiciamiento mental*” que a la víctima le puede sobrevenir a consecuencia de una lesión de una gravedad tal que vaya acompañada de secuelas vitalicias; b) Un segundo grupo que vendría integrado por los que en este trabajo hemos denominado daños indirectos, en su aspecto estrictamente moral, mas no en su vertiente económica, es decir, aquellos perjuicios que el órgano judicial define como “*cualquier frustración, quebranto o ruptura en los sentimientos, lazos o afectos, por naturaleza o sangre que se dan entre personas allegadas fundamentalmente por vínculos parentales, cuando a consecuencia del hecho ilícito, se ve uno de ellos privado temporal o definitivamente de la presencia o convivencia con la persona directamente dañada por dicho ilícito, o por la situación deficitaria o de auténtica orfandad en que pueden quedar ciertas personas por las lesiones o por la muerte de sus parientes más cercanos (...) o incluso, a veces, por relaciones de propia amistad o convivencia, o cuando dichas personas conviven tan estrechamente que se crean lazos pseudo-parentales*”. Y aclara el Tribunal Supremo,

insistiendo en ello, que, en tales supuestos, la prueba del daño moral incumbe a la persona que pretende su resarcimiento.

Esta sentencia, aunque loable por el esfuerzo de concreción que realiza el Tribunal Supremo y porque reúne, por vez primera, los pareceres de la Sala 1ª en torno al daño moral, que, hasta el momento, sólo podían encontrarse de forma más o menos dispersa en la multitud de fallos que sobre el particular había pronunciado el Alto Tribunal, no merece, a nuestro juicio, una valoración totalmente positiva por las siguientes razones:

1ª) No compartimos la justificación empleada por el Tribunal para distinguir los perjuicios morales de los corporales. Esa justificación se basa en la consideración de que, frente a la posibilidad de traducción a términos económicos de que gozan los daños corporales a través de una *“técnica de acoplamiento sociocultural”*, los perjuicios morales adolecen de una absoluta imposibilidad de traducción monetaria.

Sin embargo, consideramos que este argumento no es correcto, ya que, si bien es cierto que, en general, los daños no patrimoniales se caracterizan precisamente por su inestimabilidad pecuniaria, se puede afirmar que a través de una convención social son susceptibles de ser valorados en dinero. Pero esta afirmación, en cuanto referida a todos los perjuicios extrapatrimoniales en general, no sólo es predicable de los daños corporales, sino también de los que el Tribunal Supremo califica como «morales».

2ª) El Tribunal Supremo define los perjuicios morales como las *“manifestaciones psicológicas que padece o sufre el perjudicado”*. Sin embargo, a nuestro modo de ver, esta clase de perjuicios puede concretarse igualmente en otras manifestaciones no necesariamente psicológicas. Así, por ejemplo, ciertas lesiones del derecho a la salud o del derecho a la apariencia personal, facultades ambas integrantes del derecho a la incolumidad personal, pueden producir manifestaciones externas susceptibles de ser encuadradas en la categoría de los daños morales, desde el momento en que ni pueden considerarse como perjuicios patrimoniales ni como perjuicios corporales propiamente dichos (v.gr., la caída del cabello que tiene lugar a consecuencia de ciertos tratamientos médicos agresivos o el aumento de peso que igualmente puede derivar de éstos).

2.2.2. Evolución histórica

Como es bien sabido, no siempre se ha reconocido la posibilidad de reparación de los perjuicios no patrimoniales. Sin embargo, como pone de relieve ÁLVAREZ VIGARAY¹⁹¹, se negaba la posibilidad de repararlos pecuniariamente, mientras que no se oponían objeciones a su reparación en forma específica, aun cuando se reconocía que ésta no era posible en todos los casos y en aquellos en los que sí era viable, sus resultados no eran todo lo satisfactorios que cabía esperar.

En efecto, la afirmación anterior resulta confirmada si se atiende a los ejemplos extraídos de la vida real. Así, produciéndose un daño a la integridad física, el hecho de que se lleven a cabo las operaciones quirúrgicas o se suministren los medicamentos necesarios para restablecer la salud de la persona lesionada (reparación en forma específica) no supone la inexistencia o desaparición de los dolores o malestares sufridos durante el período de recuperación ni asegura la ausencia de secuelas posteriores a la curación, daños éstos que también deberán ser reparados. Y, del mismo modo, la publicación de la sentencia de condena o la publicación de la retractación del autor de un atentado contra el honor o la intimidad de una persona (reparación en forma específica) puede que tampoco sea suficiente para borrar los efectos del ataque, pues es posible que determinadas personas se hayan formado su propia opinión o juicio acerca del perjudicado a la vista de los datos falsos vertidos en su contra.

Por ello, una vez determinada nuestra posición con respecto a la clasificación de los daños desde el punto de vista de la naturaleza del interés sobre el que recaen, es momento de observar la evolución seguida de cara al reconocimiento, por parte de nuestra doctrina y de nuestros Tribunales, de la indemnizabilidad de los daños no patrimoniales.

A) Del Derecho romano al Código Civil de 1889

La mayor parte de los juristas modernos, que tomaron el Derecho romano como punto de referencia para llenar de contenido el sistema de responsabilidad civil construido por los codificadores, lo interpretaron de manera parcial o incompleta al entender que en aquél sólo cabía la reparación de los daños patrimoniales, lo que les

¹⁹¹ ÁLVAREZ VIGARAY, R., "La responsabilidad por daño moral", *Op. et loc. cit.*, pág 96.

llevó a negar el carácter resarcible de los perjuicios de naturaleza inmaterial¹⁹². Se argumentaba que las fuentes romanas y, en concreto, la *lex Aquilia*, imponían la obligación de reparar pecuniariamente los daños causados a las cosas, a los animales o a los esclavos, pues tanto unos como otros se consideraban objetos de comercio, mientras que, por el contrario, si se dañaba a un hombre libre, éste no tenía derecho a reparación por las heridas o sufrimientos que se le hubiesen causado, en cuanto que "*cicatricium autem aut deformitatis nulla fit aestimatio, quia liberum corpus nullam recipit aestimationem*"¹⁹³.

Frente a lo anterior, OCHOA OLVERA¹⁹⁴ nos recuerda que, ciertamente, la reparación de los daños patrimoniales derivados de responsabilidad extracontractual venía regulada en la *lex Aquilia* a través de la *damnum iniuria datum*, la cual puede ser definida como la lesión o destrucción de la cosa ajena realizada con dolo o culpa¹⁹⁵. Es verdad, por tanto, que la mencionada ley se refería únicamente a los daños patrimoniales, estableciendo a cargo del dañador la obligación de repararlos y es cierto, asimismo, que dentro de estos daños patrimoniales se incluían los causados al *dominus* como consecuencia de los atentados contra sus esclavos, pues estos últimos eran considerados, junto con las cosas y los animales, como *rei commercia*.

Pero el autor citado nos recuerda igualmente que, junto a esta acción dirigida a la reparación de los daños patrimoniales, el Derecho romano conocía también otra figura: la *iniuria*. Este concepto que, en principio, hacía referencia a toda lesión física infligida a una persona libre o esclava, así como a cualquier otro hecho que significare un ultraje u ofensa¹⁹⁶, se fue ampliando paulatinamente por obra del pretor y de la jurisprudencia, hasta el punto de llegar a comprender dentro de la *iniuria* cualquier lesión del derecho

¹⁹² Vid. por todos, GAYOSO ARIAS, R., "La reparación del llamado daño moral en el Derecho natural y en el positivo", *RDP*, 1918, págs. 324 y ss.

¹⁹³ Digesto 7, 9, 3.

¹⁹⁴ OCHOA OLVERA, S., *La demanda por daño moral*, Publicaciones Mundonuevo, México D.F., 1991, págs. 17-21.

¹⁹⁵ Además, como nos recuerda ARANGIO-RUIZ el daño previsto en la ley Aquilia es únicamente el causado *corpore corpori*, esto es, "*quello arrecato con lo sforzo muscolare del delinquente alla cosa considerata nella sua struttura fisica*" (ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni di Diritto romano*, 14ª ed., Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1987, pág. 375).

¹⁹⁶ Las definiciones de la *damnum iniuria datum* y de la *iniuria* las toma OCHOA OLVERA de LUIGI, A. y ORESTANO, R., *Sinopsis de Derecho romano*, Ediciones y Publicaciones Españolas, Madrid, 1964, págs. 208 y 210, respectivamente.

de la personalidad humana¹⁹⁷. Y frente a ella cabía ejercitar dos tipos de acciones: la acción estimatoria del edicto del pretor y la acción derivada de la *lex Cornelia*, las cuales se dirigían a exigir al responsable una pena privada pecuniaria que, como tal, iba a parar a manos del perjudicado.

Atendiendo a la apuntada definición de la *iniuria*, no creemos descabellada la posibilidad de considerarla como el antecedente romano del daño extrapatrimonial. Sobre todo, teniendo en cuenta que en relación con esta idea afirmó FISCHER que “*los romanos castigaban como delitos contra la personalidad muchos de los ataques y transgresiones que nosotros consideramos como delitos contra las cosas*”, y que “*está fuera de toda duda que (la actio iniuriarum) jamás se propuso exclusivamente la sanción de daños patrimoniales*”. Y, señaló, además, que “*la acción de injurias tenía por primordial función indemnizar el daño no patrimonial, ofreciendo una satisfacción al perjudicado, por los disgustos sufridos, las vejaciones, etc.*”¹⁹⁸.

No obstante, GAYOSO ARIAS rechaza esta posibilidad bajo el argumento de que la pena pecuniaria que se imponía al culpable con motivo de la realización de una injuria no era propiamente una reparación, ya que ésta, en puridad, solamente se daba en las hipótesis de daños patrimoniales¹⁹⁹. Como apoyo al argumento expuesto señala este autor que el Derecho romano admitía efectivamente para los casos de injurias el recurso a ciertas penas civiles pecuniarias requeribles por el ofendido, además del resarcimiento (aunque, en ciertos casos, lo incluían)²⁰⁰. Ahora bien, este hecho, que para el autor

¹⁹⁷ De esta ampliación operada en el ámbito de la *iniuria*, a la que se refiere también BONILINI (BONILINI, G., *Il danno non patrimoniale*, Op. cit., pág. 102, nota nº 24), da cuenta de forma resumida ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni di Diritto romano*, Op. cit., pág. 373. Una visión más amplia sobre la evolución del concepto de *iniuria* en el Derecho romano la ofrece DEVILLA, V., en voz «*iniuria*», *Nov. Dig. It.*, Tomo VIII, Edit. UTET, Torino, 1965, págs. 705 y 706.

¹⁹⁸ FISCHER, H.A., *Los daños civiles y su reparación*, Op. cit., págs. 233 y 234.

Del mismo modo, considera la *iniuria* como el antecedente romano del daño extrapatrimonial BONILINI, para quien “*che la somma assegnata all'ingiuriato sortisse la principale finalità di tutelarla nei beni non economici, nessuno può dubitare. Con l'actio in esame (se refiere a la actio iniuriarum), invero, si veniva soprattutto a rendere concreta la reazione del diritto alla violazione di quei beni caratterizzati dalla non stimabilità pecuniaria in via oggettiva*” (BONILINI, G., *Il danno non patrimoniale*, Op. cit., pág. 104). En sentido similar, OCHOA OLVERA, S., *La demanda por daño moral*, Op. cit., pág. 17.

¹⁹⁹ Una opinión similar es la que sostiene MARGARITA FUENTESECA. Esta autora trata de demostrar que el *damnum* recogido en la *lex Aquilia* responde a la figura del resarcimiento, no de pena privada, si bien reconoce que la discusión en torno al carácter penal o resarcitorio de la *lex Aquilia* no se ha cerrado todavía, aunque la mayor parte de los romanistas se inclina por la solución mixta (FUENTESECA, M., *El delito civil en Roma y en el Derecho español*, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 1997, pág. 197, nota nº 22).

²⁰⁰ GAYOSO ARIAS, R., “La reparación del llamado daño moral...”, *Op. et loc. cit.*, pág. 327.

constituye la prueba de que la reparación de los daños patrimoniales y las penas civiles pecuniarias impuestas a resultas de la comisión de injurias eran cosas distintas, no es, a nuestro juicio, determinante.

Por el contrario, si tenemos en cuenta que en el Derecho romano, tanto la *iniuria*, como la *damnum iniuria datum* estaban comprendidas dentro de la categoría de los delitos privados (junto al *furto* y la *rapina*), observaremos que la consecuencia jurídica que se establecía frente a la causación de los mismos era una composición pecuniaria que tenía una naturaleza mixta, de resarcimiento y de pena privada, dirigiéndose así al cumplimiento de una doble finalidad: reparar el daño causado al perjudicado e imponer un castigo al responsable de la conducta lesiva, contribuyendo, de ese modo, a disipar el sentimiento de venganza del ofendido o perjudicado. El propio IHERING puso de manifiesto este doble carácter de pena privada e indemnización de daños y perjuicios cuando afirmó que “*es indudable que la pena en todos estos casos implica la indemnización de daños y perjuicios, pero no es menos cierto que tiene al mismo tiempo su carácter de pena. Estos dos fines son tan indiferentes uno de otro como lo son las diversas especies de injusticia, la venganza y la justicia privada. Esta asimilación es la que caracteriza precisamente la fase del desenvolvimiento del antiguo derecho*”²⁰¹.

En efecto, este carácter de pena privada concurrente en la composición pecuniaria de los delitos privados se puede apreciar fácilmente si prestamos atención a las concretas cuantías sancionadoras previstas, tanto para los supuestos de *iniuria*, como para las hipótesis de *damnum iniuria datum*. Frente a la comisión de las primeras, la ley de las XII Tablas tipificaba las concretas cuantías correspondientes a determinados tipos de lesiones, si bien posteriormente un edicto del pretor autorizó al juez a imponer la condena que considerase adecuada siempre que respetase los límites del “*quantum aequum et bonum sibi videbitur*”, aproximándose más aún a una reparación. Por otro lado, la *lex Aquilia*, reguladora de la *damnum iniuria datum*, establecía las condenas en

²⁰¹ IHERING, R., *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo* (Traducción española por ENRIQUE PRÍNCIPE Y SATORRES), Edit. Comares, Granada, 1998, pág. 102.

Ese doble carácter penal y compensatorio de la condena a la reparación del daño en el Derecho romano fue destacado en nuestro país por BORRELL MACIÀ, A., en *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil*, Op. cit., pág. 223. Más recientemente, insiste en ese punto el autor italiano D'ADDA, A., en *Il risarcimento in forma specifica*, Op. cit., pág. 83.

función del mayor precio que la cosa dañada hubiera alcanzado en el último año o en el último mes, según los casos y, en ciertas hipótesis, dicha condena podía duplicarse²⁰².

A la vista de lo anterior, se concluye, por un lado, que el Derecho romano reaccionaba tanto frente a la lesión de intereses económicos, como frente a la lesión de intereses extrapatrimoniales²⁰³; y, por otro lado, se infiere que la naturaleza de la reacción jurídica derivada de la causación de perjuicios no variaba en función del carácter patrimonial o no patrimonial de éstos. De hecho, como pone de relieve IHERING, el origen de esa pena o sanción es el mismo para unos y otros daños.

Así, tanto frente a los atentados a la propiedad como frente a los atentados a la persona, la venganza privada constituyó la primera de las reacciones a la que recurrieron los individuos. Esta venganza, que entrañaba otra injusticia que se venía a añadir a la ya causada no podía perdurar ante la ley del orden. Por ello, en el Derecho romano sólo pueden encontrarse vestigios aislados de ella. La sustitución de la venganza por la pena privada pecuniaria es explicada por el propio IHERING en los siguientes términos: a medida que el pensamiento jurídico evolucionaba, se aceptó que el ejercicio efectivo de la venganza pudiera ser evitado por medio del rescate, que consistía, precisamente, en el pago de una suma de dinero o en la entrega de los bienes convenidos. De este modo, el perjudicado renunciaba a exigir la pena del talión a cambio del arreglo acordado. Es expresiva en este sentido la expresión empleada por el autor citado cuando afirma que "*¡En lugar del dinero, los miembros del cuerpo; en lugar de los miembros del cuerpo, el dinero!*".

En cuanto al modo de proceder para determinar el importe del rescate, señala IHERING que se tenían en cuenta datos muy variados, como la fortuna de ambas partes, su posición social, la sed de venganza de una, el grado de obstinación de la otra, etc... En definitiva, después de una negociación se llegaba a la determinación del rescate

²⁰² Así ocurría cuando el responsable negaba la comisión del daño (*Vid.* ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni di Diritto romano*, *Op. cit.*, págs. 364 y 372-374).

²⁰³ Esta conclusión se presenta palmariamente a los ojos de BONILINI, que se expresa con rotundidad al afirmar que "*una valutazione d'insieme di quell'armonico sistema di azioni (...), dà sicuramente conto di un dato importante: il danno non patrimoniale non rimase mai, presso i Romani, senza soddisfazione (...). Quello che comunque conta è il dato obiettivo e concreto: quella somma di danaro attribuita al lero rappresentava la riprovazione della coscienza giuridica al comportamento dannoso di chi ha violato un bene che presenta l'unico torto di non poter essere oggettivamente monetizzato, ma che ha il pregio di risultare nel catalogo dei beni che stimiamo più di quelli economici, (...)*". (BONILINI, G., *Il danno non patrimoniale*, *Op. cit.*, págs. 111 y 112).

procedente, que recibía el nombre de *pactum*, lo que pone de manifiesto que el significado originario de este término no era el equivalente a *convention*, sino a *pax*, es decir, apaciguamiento de las hostilidades. Pues bien, la fijación de ese rescate siguió también una evolución significativa, en virtud de la cual, de estar confiada por entero a los particulares, pasó a ser atribución de los jueces, y los usos, en un primer momento, y la legislación, después, empezaron a contemplar sumas determinadas para ciertos delitos. Es el caso de las cuantías fijadas en la Ley de las XII tablas o en el edicto del pretor. Finalmente, para ciertos delitos se atribuyó al juez una mayor libertad de fijación de las cuantías constitutivas de las penas privadas²⁰⁴.

Teniendo en cuenta estos antecedentes fácticos como el origen de las penas privadas, resulta comprensible el mantenimiento de la doble finalidad atribuida a éstas a lo largo de todo el Derecho romano y resulta comprensible igualmente que el abandono de la finalidad punitiva a favor de un fin estrictamente reparador no se pudiera alcanzar hasta épocas mucho más evolucionadas.

Por lo que se refiere a la época medieval, en España, como es sabido, se opera la recepción del *Ius Commune* a través de «Las Siete Partidas» de Alfonso X «El Sabio», obra legislativa por excelencia de este período. En ellas se define el daño del siguiente modo: “*empeoramiento o menoscabo o destruymiento que ome rescibe en si mesmo o en sus cosas por culpa de otro*”²⁰⁵. Este fragmento literal de las Partidas denota que, junto a los daños patrimoniales, se reconocen otros de naturaleza extrapatrimonial, identificados con el menoscabo que el hombre recibe en sí mismo²⁰⁶. Y, con respecto a éstos, contiene, además, una definición de la injuria, a la que identifica con la “*deshonra que es fecha, ó dicha á otro, á tuerto, y despreciamiento de él*”²⁰⁷, señalando que la misma puede ser realizada de palabra o de hecho.

²⁰⁴ Para una exposición más detallada del origen y evolución de las penas privadas, *vid.* IHERING, R., *El espíritu del Derecho romano...*, *Op. cit.*, págs. 104- 112.

²⁰⁵ Partida VII, Título XV, Ley I.

²⁰⁶ Precisamente, “*el daño que el hombre recibe en sí mismo no puede ser otro* –a juicio de GARCÍA LÓPEZ– *que el que viene denominándose moral o no patrimonial*” (GARCÍA LÓPEZ, R., *Responsabilidad civil por daño moral...*, *Op. cit.*, pág. 34).

En contra de esta interpretación, sin embargo, DOMÍNGUEZ LÓPEZ, E., “El daño moral. Intento de concretización de un concepto”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña*, nº 7, 2003, pág. 268.

²⁰⁷ Partida VII, Título IX, Ley I.

No obstante, este reconocimiento de la existencia de dos categorías de daños diferenciadas que afectan, respectivamente, al patrimonio y a la persona no se mantuvo en épocas sucesivas, pues los glosadores y comentaristas medievales, que se centraron en la interpretación del Derecho romano, orientaron sus estudios hacia el análisis de la *lex Aquilia* y, con ella, del daño patrimonial²⁰⁸, dejando de lado el delito privado de la *iniuria*.

Esa interpretación, que identificaba el daño resarcible con el perjuicio patrimonial fue la que prevaleció en la doctrina jurídica posterior. Ejemplos de ello los encontramos en las obras de ciertos iusnaturalistas (Siglos XVII-XVIII), comenzando por el propio fundador de la llamada Escuela de Derecho Natural, HUGO GROCIO. Este jurista, en su obra cumbre, *De iure belli et pacis*, trata sobre el daño y su reparación y, al hacerlo, pone de manifiesto la postura enunciada. En tal sentido, señala que "*el homicida injusto está obligado a pagar los gastos, si algunos se hicieron en médicos, y a aquellos a los cuales el muerto solía mantener por obligación, a saber, a los padres, mujeres, hijos, debe darles cuanto valía aquella esperanza de mantenimiento, habida razón de la edad del muerto. (...) Pero no se pone precio a la vida de un hombre libre; al contrario del siervo, que pudo ser vendido*". Similares afirmaciones vierte con ocasión de otros ejemplos relativos a la obligación que recae sobre aquél que ha mutilado a otro de satisfacerle los gastos y lo que ya no puede ganar, así como a los daños (también patrimoniales) que el adúltero o adúltera puede causar a sus hijos legítimos con ocasión de la prole habida o a los daños de tal clase que el violador debe resarcir a la mujer virgen violada y que se derivan de una reducción de la esperanza de matrimonio. En definitiva, se observa a través de los ejemplos aportados por GROCIO que el objeto de la reparación lo constituyen únicamente los perjuicios económicos. Es más, el autor se cuida expresamente de excluir cualquier valoración en dinero de la vida perdida o de los dolores padecidos. Sin embargo, acepta la reparación en dinero del daño que deriva de los atentados contra el honor y la fama si el dañado quiere esta forma de reparación,

²⁰⁸ El autor italiano CRIFÓ pone de manifiesto esta observación cuando afirma literalmente que "*glossatori e commentatori tornano alle fonti romane le quali, come si è visto, avevano tecnicizzato, tramite la precisazione dei criteri di imputazione, il «damnum» quale diminuzione patrimoniale*" (CRIFÓ, G., voz «Danno (storia)», *Enc. Dir.*, Tomo XI, Giuffrè Editore, 1962, pág. 620).

La misma idea se deriva de la obra de FUENTESECA, que expone las interpretaciones realizadas por los juristas medievales acerca de la *lex Aquilia* (FUENTESECA, M., *El delito civil en Roma y en el Derecho español*, *Op. cit.*, págs. 216-220).

bajo el argumento de que “*el dinero es medida común de las cosas útiles*”²⁰⁹. Y lo cierto es que este argumento que emplea GROCIO para justificar la reparación en dinero del honor y de la fama lesionados llama la atención porque parece dar a entender, si se interpreta a *contrario sensu*, que otros bienes de la persona tan importantes y esenciales como la vida o el bienestar físico o psíquico²¹⁰ no se consideran «cosas útiles».

Igualmente destacable y significativa es la opinión de CHRISTIAN THOMASIIUS, quien, queriendo desvincular la acción de daños de la *lex Aquilia*, afirma que dicha acción tiene como fundamento el derecho de propiedad en cuanto compete al *dominus* pedir la reparación del daño causado a sus cosas²¹¹.

La situación descrita fue la que pervivió en la época posterior, en la que ni siquiera se planteó la posibilidad de otorgar una protección civil a los que hoy conocemos como derechos de la personalidad²¹². Ello fue debido a la patrimonialización de que fue objeto el Derecho civil en la época de la Codificación. Esta patrimonialización llevó a otorgar la mayor importancia y consideración a la esfera material de la persona en detrimento de ella misma. Es decir, se obviaba lo que la persona era para considerarla en función de lo que tenía; se consideraba al individuo como mero sujeto de titularidades patrimoniales, con el consiguiente olvido de la protección jurídica de los bienes que integraban su ser. Este pensamiento patrimonialista fue el que dominó la época de la Codificación y así lo evidencia la calificación del Código de Napoleón como el Código de la propiedad o de los bienes²¹³.

²⁰⁹ Sobre estos extremos, *vid.* GROCIO, H., *Del Derecho de la guerra y de la paz* (Versión directa del original latino por JAIME TORRUBIANO RIPOLL), Tomo III, Edit. Reus, Madrid, 1925, págs. 14-15 y 19-20.

²¹⁰ Este bienestar físico y psíquico se entiende en el sentido que le hemos atribuido anteriormente, esto es, como el derecho de la persona a que no se le hagan padecer dolores o molestias físicas o psíquicas [*Vid. supra* Capítulo II: I, 2, 2.2, 2.2.1. (Delimitación de su concepto)].

²¹¹ Recoge la postura de este autor MARGARITA FUENTESECA en *El delito civil en Roma y en el Derecho español*, *Op. cit.*, pág. 222.

²¹² Esa exclusión de los perjuicios extrapatrimoniales del ámbito de la reparación se pone de manifiesto en las obras de los autores de principios del siglo XX, quienes no se plantean siquiera la cuestión de su resarcibilidad. Es el caso de los alemanes WINDSCHEID, B., *Diritto delle Pandette*, *Op. cit.*, pág. 757 y ss. y VON THUR, A., *Tratado de las Obligaciones*, *Op. cit.*, pág. 263 y ss.

²¹³ En este sentido afirmó PERRAU lo siguiente: “*Resulta severo llamar al Código de Napoleón el «Código de los ricos», pero hace falta modificarlo respecto a los derechos de la personalidad para evitarle el reproche de no ser más que «el Código de los bienes»*” (PERRAU, “Des droits de la personnalité”, *Rev. Trim. de Dr. Civ.*, 1909, pág. 536, citado por DE CASTRO, F., en “Los llamados derechos...”, *Op. et loc. cit.*, pág. 1238, nota nº 2.)

La influencia de este Código en la mayoría de las codificaciones civiles de los países continentales determinó que también en ellas la protección civil de la persona quedara relegada a un segundo plano, que se manifestó, en lo que ahora nos interesa, en la exclusión más o menos expresa de la protección civil de todos aquellos bienes carentes de la nota de la patrimonialidad.

Sin embargo, la situación descrita cambió, de modo tal que, a partir de la Constitución de Weimar, "*(...) la persona se contempla no sólo en dimensión patrimonial (como ocurría en las Constituciones liberales) sino en su integral dimensión, y, por tanto, como portadora de unos derechos inherentes a esta condición, sobre los bienes de su personalidad (...)*"²¹⁴. Es decir, se produce el fenómeno inverso: lograda la protección de los bienes materiales, surge la preocupación por otorgar una mayor tutela a los derechos de la personalidad, los cuales, considerados como la plasmación de la esencia de la persona, deben ser protegidos no sólo desde una perspectiva penal, sino también civil.

No obstante, este cambio de posición respecto a la protección jurídico-privada de bienes tales como la vida, la integridad física, la libertad, etc., tuvo que superar una serie de prejuicios que, habiéndose forjado durante los siglos anteriores, dominaban la conciencia y la moralidad de los juristas de la época e impedían considerar como resarcibles en dinero bienes considerados tan dignos y elevados.

B) Objeciones a la reparación pecuniaria de los daños morales

Efectivamente, el fenómeno que se acaba de describir no tuvo una plasmación inmediata en la práctica. A los autores les resultaba difícil conciliar el nuevo pensamiento tendente a la protección de los derechos de la personalidad con las instituciones civiles existentes, las cuales habían sido creadas en una época en la que el legislador y, en consecuencia, el Ordenamiento jurídico, giraban en torno a la tutela y regulación de los bienes económicos. Precisamente, esta patrimonialización de las instituciones civiles, por un lado, junto con el exacerbado afán por afirmar la superioridad de los derechos de la persona frente a los bienes materiales, por otro,

²¹⁴ Vid. PENA LÓPEZ, J.M., "La historicidad del Derecho Civil", *Actualidad y Derecho*, n° 48, 1995, pág. 8.

llevaron a los autores a rechazar inicialmente la posibilidad de la reparación pecuniaria del daño no patrimonial. Las razones en las que basaron ese rechazo fueron básicamente las siguientes:

1ª) Se afirmaba que, a diferencia de lo que ocurría con los daños patrimoniales, frente a los cuales el dinero resultaba apto para reponer el patrimonio del perjudicado al estado en el que se encontraba antes de la producción del perjuicio, la reparación dineraria de los perjuicios extrapatrimoniales no podía cumplir la finalidad de toda reparación, esto es, no podía borrar o hacer desaparecer los perjuicios sufridos reponiendo las cosas a su primitivo estado, dado que los intereses dañados carecían de naturaleza pecuniaria²¹⁵.

Sin embargo, frente a este argumento hay que decir que tampoco en el caso de los daños patrimoniales se consigue borrar el perjuicio causado, por mucho que a través de la reparación, ya sea en forma específica, ya por equivalente, se aspire a reponer el bien o el patrimonio del dañado en el estado en que se encontraba antes de la producción del perjuicio. Y ello porque el daño, como fenómeno de la realidad que es, no puede eliminarse de la realidad histórica en la que existió. Por ello, en ese sentido, señalaron los MAZEAUD que *"borrar un perjuicio material suele ser tan imposible como borrar un perjuicio moral (...) Reparar es colocar a la víctima en condiciones de procurarse un equivalente"*²¹⁶.

2ª) Otra de las objeciones a la reparación pecuniaria de los daños extrapatrimoniales era la que consideraba que dicha reparación no resultaba viable, al no existir entre los daños extrapatrimoniales y el dinero una relación de equivalencia²¹⁷.

²¹⁵ Se pronuncia en tal sentido, en coherencia con el concepto de reparación que asume, GAYOSO ARIAS, R., "La reparación del llamado daño moral...", *Op. et loc. cit.*, pág. 328.

²¹⁶ MAZEAUD, H., L. y J., *Lecciones de Derecho Civil, Op. cit.*, pág. 69. En idéntico sentido, JOURDAIN, P., *Les principes de la responsabilité civile, Op. cit.*, pág. 115.

²¹⁷ Señala GAYOSO ARIAS que, efectivamente, cuando la reparación en forma específica no es posible se impone la reparación por equivalente, esto es, la reparación en dinero, puesto que éste constituye *"la representación y medida de los valores económicos"*. Sin embargo, esto es así solamente en relación con los daños materiales, que afectan a intereses de tal naturaleza, mientras que dicha reparación pecuniaria es *"absolutamente impertinente y dispar respecto de cosas de otro orden, que no pueden, sin rebajarlas, compararse con él"* (se refiere al dinero). (GAYOSO ARIAS, R., "La reparación del llamado daño moral...", *Op. et loc. cit.*, pág. 329).

También ROCES estima, a la vista de la función equivalencial que asigna a la indemnización en dinero, que la imposibilidad de establecer una correspondencia o equivalencia entre los intereses

No obstante, tal dificultad fue salvada nuevamente por los MAZEAUD, quienes entendieron que la noción de equivalente debía entenderse con amplitud, en el sentido de que existirá reparación cuando el dinero permita al perjudicado procurarse satisfacciones de cualquier naturaleza (materiales, intelectuales o morales) que contrarresten o mitiguen el daño sufrido²¹⁸.

3ª) Se afirmaba, igualmente, que la viabilidad de tal reparación no podía sostenerse debido a la imposibilidad de probar la existencia de los perjuicios no patrimoniales, así como a la imposibilidad de determinar la medida de los mismos con el objeto de asignarles una determinada cantidad de dinero en concepto de reparación²¹⁹.

Frente a lo anterior se argumentó que, efectivamente, puede resultar más difícil probar la existencia del daño no patrimonial que la del perjuicio material, pero no por ello debe afirmarse sin más la imposibilidad de la misma. Como señala DE CUPIS, a pesar de tal dificultad, *"a veces, es evidente la existencia del daño consistente en el dolor moral"*²²⁰. Así, en la mayoría de los casos, puede presumirse el dolor que ocasiona a los más allegados la muerte de un ser querido, lo que no excluye, en cambio, la posibilidad de prueba en contrario y, del mismo modo, la prueba de la violación de un derecho de la personalidad suele ser suficiente para dar cuenta de la existencia del daño consiguiente²²¹. Por esta razón, es posible afirmar que, pese a las dificultades probatorias, es posible, en la mayoría de los casos, constatar la existencia de tales perjuicios.

extrapatrimoniales y el dinero determina la exclusión de la reparación pecuniaria de los daños no patrimoniales (ROCES, W., "Breves acotaciones...", *Op. et loc. cit.*, pág. 296).

²¹⁸ MAZEAUD, H., L. y J., *Lecciones de Derecho Civil*, *Op. cit.*, pág. 70.

En sentido similar, BORREL MACIA afirmó que *"si bien con dinero, el sentimiento no desaparece, no obstante, con él puede adquirir bienes con los que en ciertos momentos disfrutará de goces que le harán olvidar o disminuir el dolor (...). La compensación puede no ser absoluta, (...), pero será compensación al fin y al cabo"* (BORREL MACIA, A., *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil*, *Op. cit.*, pág. 218).

²¹⁹ Es de nuevo ROCES el que afirma la incompatibilidad de los daños extrapatrimoniales con la exigencia que rige en el Derecho español acerca de la prueba de la existencia y cuantía del daño a reparar (ROCES, W., "Breves acotaciones...", *Op. et loc. cit.*, pág. 297).

²²⁰ DE CUPIS, *El daño*, *Op. cit.*, pág. 764.

²²¹ Así lo entendió también BORREL MACIA, A., en *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil*, *Op. cit.*, pág. 220.

Por otra parte, en cuanto a la imposibilidad de determinar la medida de estos daños, se afirmó que, si bien es cierto que los daños extrapatrimoniales, por afectar a intereses de tal naturaleza, no son valorables en términos económicos, no por ello ha de negarse la posibilidad de su reparación en dinero. Porque aunque la función primordial que se le ha otorgado al dinero desde los albores de su aparición ha sido la de equivalencia material, es decir, servir de medida de valor de los bienes económicos, con el paso del tiempo se le ha asignado, junto a esta función de equivalencia, una función de compensación, conforme a la cual, inicialmente, se hace posible utilizar la contraprestación pecuniaria como forma de pago de servicios intelectuales o espirituales prestados (médicos, abogados, etc.).

Pues bien, llevada hasta sus últimas consecuencias, esta función de compensación viene a constituir, para muchos autores, la razón de ser de la reparación pecuniaria de los daños no patrimoniales, pues en virtud de ella dicha reparación se concreta en la fijación de la cantidad de dinero adecuada para que el perjudicado pueda procurarse aquellas satisfacciones que le sirvan de contrapeso al daño sufrido²²².

En virtud de estas razones, se entiende que la prueba de la cuantía de los daños extrapatrimoniales será posible, lo que no quiere decir que siempre vaya a ser perfecta, dado que la determinación del importe adecuado para cumplir la función de compensación o satisfacción es más compleja que la determinación de la cuantía de los daños patrimoniales, puesto que éstos, por afectar a intereses económicos, pueden, normalmente, ser traducidos o valorados directamente en un equivalente dinerario.

Y es precisamente esa falta de equivalencia entre los daños morales y el dinero que los compensa la que justifica que su determinación se atribuya, por lo general, a la libre apreciación del juzgador, si bien, en ocasiones, las leyes establecen los criterios a tener

²²² Aluden a esta función de compensación o satisfacción que desempeña el dinero, entre muchos otros: ROCES, W., "Breves acotaciones...", *Op. et loc. cit.*, pág. 299; SCOGNAMIGLIO, R., voz «Danno morale», *Nov. Dig. It.*, Tomo V, Edit. UTET, Torino, 1964, pág. 148; VAZ SERRA, A., "Reparação do dano não patrimonial", *Op. et loc. cit.*, pág. 83; ÁLVAREZ VIGARAY, R., "La responsabilidad por daño moral", *Op. et loc. cit.*, pág. 97; GARCÍA SERRANO, F., "El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil", *Op. et loc. cit.*, pág. 833; DE CUPIS, A., *El daño*, *Op. cit.*, pág. 365; GARCÍA LÓPEZ, R., *Responsabilidad civil por daño moral...*, *Op. cit.*, págs. 142 y 144 y Díez-PICAZO, L., *Derecho de daños*, *Op. cit.*, pág. 99.

en cuenta para proceder a su valoración o contienen de forma expresa la cuantificación de tales perjuicios²²³.

Por ello, pese a todas las dificultades que entraña la reparación pecuniaria de los daños no patrimoniales, ha de decirse que, mientras no se encuentre un equivalente más adecuado que el dinero para la reparación de esta clase de perjuicios, no puede ni debe rechazarse su reparación pecuniaria²²⁴.

4ª) Otra de las razones esgrimidas para negar la reparación pecuniaria de los perjuicios no patrimoniales radicó en la inmoralidad que, a juicio de algunos autores, suponía dicha reparación, en el sentido de que ninguna equiparación cabía entre los bienes lesionados y el dinero, pues los primeros se consideran tan dignos y elevados que repugna la idea misma de traducirlos a términos económicos. Es significativa, a estos efectos, la afirmación que realiza GAYOSO ARIAS, quien, tras señalar la improcedencia de la comparación de los bienes inmateriales con el dinero, añade, con respecto a los mismos, especialmente en relación con la fama y el honor, que *"el que en éstos (dineros) los tase y cobre demuestra cabalmente no tenerlos y se deshonor a los ojos de todos, lejos de reparar así su honra y su buen nombre escarnecidos"*²²⁵. Llama la atención, de igual modo, una sentencia citada por DE ÁNGEL, quien la toma, a su vez, de WAGNER. Se trata de una sentencia norteamericana del año 1902, que desestima la reclamación formulada por una joven cuya fotografía fue publicada sin su consentimiento en un folleto publicitario. La desestimación se basó, entre otras, en la siguiente afirmación: *"Hay muchas obligaciones que son demasiado delicadas y sutiles para ser puestas en vigor mediante el rudo método de indemnizarlas en caso de violación. Acaso los sentimientos ofendidos encuentren la mejor protección posible en*

²²³ Precisamente la fijación por parte del legislador de tablas en las que se contiene la valoración de daños no patrimoniales es interpretada por CASTÁN como argumento para echar por tierra la crítica tradicional relativa a la imposibilidad de valorar pecuniariamente tales daños. [CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, Tomo 4 (*Derecho de Obligaciones*), 15ª ed., Edit. Reus, Madrid, 1993, pág. 950].

²²⁴ Así lo entendieron FISCHER, en Alemania (FISCHER, H.A., *Los daños civiles y su reparación*, *Op. cit.*, pág. 228) y VAZ SERRA, en Portugal, señalando este último autor que *"por difícil que seja a avaliação pecuniária do dano não patrimonial, parece preferível admitir a reparação deste dano a deixar sem satisfação os prejuízos dessa natureza, acaso muito importantes, sofridos pela vítima"* (VAZ SERRA, A., "Reparação do dano não patrimonial", *Op. et loc. cit.*, pág. 79).

Lo mismo afirman, en nuestra doctrina, ÁLVAREZ VIGARAY, "La responsabilidad por daño moral", *Op. et loc. cit.*, pág. 97; GARCÍA SERRANO, F., "El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil", *Op. et loc. cit.*, pág. 834 o Díez-PICAZO, L., *Derecho de daños*, *Op. cit.*, pág. 95.

²²⁵ GAYOSO ARIAS, R., "La reparación del llamado daño moral...", *Op. et loc. cit.*, pág. 329.

el derecho moral y en una opinión pública favorable”²²⁶. Este fallo es un claro ejemplo del cambio de mentalidad que ha hecho posible la reparación pecuniaria de los perjuicios extrapatrimoniales, pues no debe perderse de vista el hecho de que la citada sentencia fue dictada en los Estados Unidos, país que, en la actualidad, nos sorprende día a día, tanto por el número, como por el fundamento de algunas demandas de reclamación de daños y perjuicios que son tramitadas y, en muchos casos, estimadas por sus órganos jurisdiccionales.

Sin embargo, señala DE CUPIS que esta crítica se basa en un equívoco, pues inmoral puede considerarse el comerciar con los bienes personales²²⁷, pero no el recibir un resarcimiento “por los daños sufridos independientemente de la voluntad propia y en orden a ellos”²²⁸.

Más aún, creemos que con el cambio de mentalidad experimentado en los últimos tiempos, orientado a reforzar la tutela jurídica de los bienes de la personalidad, lo que parecería inmoral y, sobre todo, injusta sería la ausencia de reparación de los daños extrapatrimoniales, pues ello conduciría a que el causante de daños de tal naturaleza quedase libre de responsabilidad aun cuando éstos fuesen graves, en contraste con lo que ocurre respecto de los daños patrimoniales, los cuales son siempre reparados, por muy leves que sean²²⁹.

²²⁶ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, Op. cit., pág. 675. La sentencia la toma de WAGNER, “Le «droit à l'intimité» aux Etats-Unis”, *Revue internationale de droit comparé*, 1965, pág. 367.

²²⁷ Y nosotros añadiremos que, además de inmoral, debe considerarse ilícito, en tanto en cuanto los llamados bienes o derechos de la personalidad presentan como caracteres propios los de ser innatos, intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles (Vid. DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “La protección de la personalidad en el Derecho Privado”, *RDN*, 1974, pág. 51-52).

Además, según la Declaración Universal de los Derechos Humanos, recibida en nuestro Ordenamiento jurídico y aplicable en él por virtud del art. 10 CE, los mencionados derechos de la personalidad entran dentro de la prohibición de renuncia recogida en el art. 6.2 CC; de la prohibición de constituir objeto de contrato, según el art. 1271 CC y de la imposibilidad de ser adquiridos por prescripción, así como de ser objeto de prescripción extintiva (art. 1930 CC).

²²⁸ DE CUPIS, A., *El daño*, Op. cit., pág. 765. De forma similar se pronunció en la doctrina portuguesa ANTUNES VARELA, cuando afirmó que “*não há (...) a intenção de (...) facultar o comércio com valores de ordem moral; há apenas o intuito de atenuar um mal consumado, sabendo-se que a composição pecuniária pode servir para satisfação das mais variadas necessidades (...). Imoral é fazer comércio dos bens de ordem espiritual, não o pretender o ressarcimento dos danos que lhes sejam causados*” (ANTUNES VARELA, J., *Das obrigações em geral*, Op. cit., pág. 598-599).

²²⁹ Opinan de este modo autores de diversos países, tales como: los hermanos MAZEAUD, H., L., y J., en Francia (*Lecciones de Derecho Civil*, Op. cit., pág. 70); ÁLVAREZ VIGARAY, R., en España (“La responsabilidad por daño moral”, *Op. et loc. cit.*, pág. 99); DE CUPIS, A. (*El daño*, Op. cit., pág. 765) en Italia o RUI DE ALARCÃO (*Direito das obrigações*, Op. cit., pág. 276-277), ANTUNES VARELA, J. (*Das obrigações em geral*, Op. cit., pág. 598), PINTO MONTEIRO, A. (“Sobre a reparação dos danos

Y, por otro lado, no debemos olvidar que en los supuestos de lesión de intereses extrapatrimoniales concurre un daño que, como tal, ha de ser reparado, por disponerlo así el art. 1902 del CC. Ciertamente, este precepto no limita la obligación de reparación a ciertas categorías de daños (*v. gr.*, a los daños patrimoniales), con exclusión de otras, ya que se refiere al daño sin adjetivarlo. Por ello, la ausencia de reparación de los perjuicios que nos ocupan supondría una infracción de aquel precepto legal.

2.2.3. Evolución jurisprudencial

La superación de las objeciones expuestas no se produjo de forma instantánea, sino gradual. En concreto, la admisión de la reparación pecuniaria de los daños extrapatrimoniales en España²³⁰ con base en la interpretación amplia de la locución «daño causado» del art. 1902 del CC fue el resultado de una evolución jurisprudencial que GARCÍA SERRANO resume en tres fases o momentos²³¹:

A) Una primera fase en la que, frente a la admisión de la indemnización pecuniaria de los llamados daños corporales, se niega la misma en relación con los perjuicios propiamente morales.

Estamos ante una etapa un tanto confusa, ya que no se explica el motivo de esta discriminación entre los daños corporales y los morales, porque, perteneciendo ambos a la categoría de los extrapatrimoniales, las razones aducidas para negar la reparación pecuniaria de unos serían igualmente predicables de los otros. No obstante, los Tribunales acuerdan indemnizaciones por las lesiones sufridas y por la pérdida de la vida, mientras que, sin motivo aparente, la niegan por atentados al honor, a la libertad,

morais”, *Op. et loc. cit.*, pág. 21), PESSOA JORGE, F., (*Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, *Op. cit.*, pág. 375) y ALMEIDA COSTA, M.J. (*Direito das obrigações*, *Op. cit.*, pág. 549) en Portugal.

²³⁰ En Francia, tal admisión se hizo, igual que en España, sobre la base de que el *Code* no formula restricción alguna respecto de los intereses cuya lesión da lugar a reparación. Sin embargo, en el país vecino el reconocimiento jurisprudencial de la posibilidad de reparar pecuniariamente el daño extrapatrimonial llegó en fechas más tempranas. En concreto, suele citarse como precursora de ese reconocimiento la sentencia de las *Chambres réunies* de 15 de junio de 1833. Así lo indica DEJEAN de la BÂTIE, N., “Le préjudice”, en AUBRY y RAU, *Droit Civil Français*, *Op. cit.*, pág. 21, nota nº 6.

²³¹ GARCÍA SERRANO, F., “El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil”, *Op. et loc. cit.*, pág. 816.

por dolores o padecimientos psíquicos, etc. En este sentido y a modo de ejemplo, la STS de 11 de marzo de 1899 afirmaba que "*no son indemnizables los disgustos*".

B) En la segunda fase de la evolución se acuerdan indemnizaciones para reparar las repercusiones patrimoniales derivadas de los daños morales, esto es, se admite la reparación pecuniaria de los, a nuestro juicio, mal llamados «daños patrimoniales indirectos».

Esta fase viene representada por la conocida sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1912, la cual abre el camino hacia el reconocimiento de la reparación pecuniaria de los daños morales. Sin embargo, como vamos a ver, su carácter de precursora de tal reparación es menos evidente de lo que, a primera vista, puede parecer, porque dicha sentencia, en realidad, no pone el acento en los daños morales por sí mismos considerados, sino en las consecuencias económicas o patrimoniales que de éstos se derivan.

La STS de 6 de diciembre de 1912 versa sobre una demanda interpuesta por el padre de una joven que había sido, sin pretenderlo, protagonista de una noticia publicada en el diario *El Liberal*. La noticia, publicada el 21 de septiembre de 1910, afirmaba que la señorita María Josefa Mussó Garrigues, de quince años de edad e hija del alcalde de Totana (Murcia), se había fugado con el fraile capuchino Fray Fulgencio Novelda, del que tres meses antes había tenido "*escandalosa sucesión*". No terminaba ahí el rotativo, sino que añadía que, habiendo sido sorprendidos ambos a la entrada de Lorca por un tío de la joven, el religioso había puesto fin a su propia vida. La noticia resultó ser falsa y, pese a que el diario la desmintió espontáneamente, el padre de la joven demandó al director del periódico y, subsidiariamente, a la empresa editora, solicitando una indemnización de 150.000 pesetas por los daños y perjuicios causados al honor y buena fama de su hija. El Juez de Primera Instancia estimó la petición y condenó a los demandados a pagar la cantidad solicitada y a publicar la sentencia condenatoria en primera página de *El Liberal*, así como en dos periódicos de Madrid y en otros dos de Murcia. Tal decisión fue confirmada por la Audiencia e, interpuesto recurso de casación por parte de los demandados, éste fue desestimado por el Tribunal Supremo. Entre las consideraciones que hace el Tribunal Supremo sobre el particular hemos de destacar las siguientes:

1ª) El Tribunal Supremo vierte una afirmación que se halla en consonancia con el papel que le tocaba desempeñar a la mujer de la época, cuando señala que *“la honra, el honor y la fama de la mujer constituyen los bienes sociales de su mayor estima, y su menoscabo, la pérdida de mayor consideración que puede padecer en una sociedad civilizada, incapacitándola para ostentar en ella el carácter de depositaria y custodia de los fines del hogar doméstico”*.

2ª) Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal considera que los daños causados son de tal naturaleza que, *“de no precaverse o corregirse, privarían siempre al ofendido (rectius: ofendida) de bienes de orden temporal”*. Con esta frase el Tribunal Supremo hace referencia a las consecuencias de índole económica que previsiblemente se derivarían de la ofensa y que se concretarían, a buen seguro, en las dificultades que habría de encontrar la perjudicada para contraer un matrimonio ventajoso.

3ª) Es, precisamente, la consideración de que los daños morales causados *“llevan consigo, como consecutarios naturales y lógicos (...) daños materiales y sociales”* la que lleva al Tribunal a acordar la indemnización pecuniaria a favor de la perjudicada. El propio Tribunal Supremo lo pone de manifiesto cuando alude a la sentencia de 6 de diciembre de 1882 como un supuesto *“completamente distinto”* al que ahora se le plantea, ya que la misma *“se refiere al simple honor en sí mismo”*, al que califica como *“derecho ideal, sin práctica realidad”*.

4ª) Por otro lado, el Tribunal justifica la decisión recurrida frente a la alegación de los demandados de que no existía norma expresa que hiciese posible la indemnización del daño moral. Para ello, señala que *“el Tribunal sentenciador, al someter el daño moral causado a compensación pecuniaria, no confunde, como se supone, las atribuciones del Poder judicial con las del Poder legislativo, pues para ello sería preciso se declarase en disposición abstracta o de carácter general, algún derecho nuevo, cosa que no ocurre aquí, porque el juzgador, valiéndose de las reglas de equidad, que son máximas elementales de justicia universal, se limitó, como intérprete de la ley, a aplicar principios jurídicos más o menos clara y distintamente expuestos, pero ya preexistentes, que definen el daño en sus diversas manifestaciones”*. La alusión

a esos principios jurídicos preexistentes ha de entenderse referida a Las Partidas²³² y supone el inicio de la concepción que entiende comprendidos en el art. 1902 del CC tanto los daños patrimoniales como los no patrimoniales.

5ª) Por lo que respecta a la indemnización pecuniaria, el propio Tribunal Supremo reconoce que, “*si nunca es bastante como resarcimiento absoluto de bienes (...) que están por encima del comercio humano, (...) es la que más se aproxima a la estimación de los daños morales directamente causados a la joven*”. Y en relación con la determinación de la suma indemnizatoria, frente a la imposibilidad de pruebas objetivas, señala que “*a nadie más que al Tribunal sentenciador corresponde fijar su importe de modo prudencial, atendiendo a las circunstancias de la ofendida, su edad y su posición social*”.

A la vista de todo lo anterior, no ofrece dudas la posición central que en nuestro Ordenamiento jurídico ocupa la STS de 6 de diciembre de 1912 en la evolución hacia el reconocimiento de la reparación pecuniaria de los daños morales, en torno a la cual sienta una innovadora doctrina jurisprudencial. Doctrina ésta que, bien entendida, no surge de la consideración autónoma de los daños morales en cuanto tales, sino de las repercusiones patrimoniales que de ellos se derivan. Y ello, porque lo que mueve al Tribunal Supremo a confirmar la decisión de instancia –insistimos– es la consideración de las dificultades que la joven ofendida puede encontrar a la hora de contraer un matrimonio provechoso, con las consiguientes desventajas económicas que de ello se pueden derivar, ya que, de no haberse producido el hecho desencadenante de los daños (la publicación de la noticia falsa) las probabilidades de la joven de contraer un matrimonio ventajoso serían elevadas, habida cuenta de su edad y de su posición social.

En consecuencia, observando el pronunciamiento condenatorio de la sentencia que nos ocupa, es posible distinguir las dos clases de daños que, en el caso concreto,

²³² Así lo indica expresamente DE CASTRO, cuando identifica esos principios preexistentes con la ley 21, título IX de la Partida 7ª, en la que se prescribe lo siguiente: “*Cualquier que resciba tuerto o deshonra, que pueda demandar al que le deshonre, enmienda en pecho de dineros*”. (DE CASTRO Y BRAVO, F., “Los llamados derechos...”, *Op. et loc. cit.*, pág. 1270).

De la misma opinión son GARCÍA LÓPEZ, R., en *Responsabilidad civil por daño moral...*, *Op. cit.*, pág. 49 y VICENTE DOMÍNGO, E., en *Los daños corporales: tipología y valoración*, *Op. cit.*, pág. 173.

constituyeron el objeto del resarcimiento²³³. En primer lugar, los daños morales *strictu sensu* derivados de la ofensa al honor y buena fama de la joven, los cuales son reparados en forma específica a través de la condena a la publicación de la sentencia; y en segundo término, los daños patrimoniales derivados de dicha ofensa, para cuya reparación se acuerda la indemnización pecuniaria. Pese a ser así, ello no se especifica expresamente en la sentencia, en la que ambos daños aparecen superpuestos y englobados en una única indemnización, que se declara concedida en virtud de la existencia de daños morales.

En conclusión, esta Sentencia del Tribunal Supremo, pese a que, en puridad, no repara pecuniariamente los daños morales, representa la apertura de mentalidad de la jurisprudencia hacia la admisión de tal posibilidad, que se sustentará, de acuerdo con la doctrina que establece, en principios preexistentes del Ordenamiento jurídico, principios que, procedentes de las Partidas, tuvieron su plasmación en España en el momento de la Codificación en el art. 1902 del CC de 1889.

C) Finalmente, en una tercera etapa, se llega al reconocimiento de la reparación pecuniaria de los daños morales en cuanto tales, al margen ya de sus repercusiones económicas.

En esta época posterior a 1912 se van multiplicando gradualmente las sentencias estimatorias de indemnizaciones dirigidas a reparar tales perjuicios. A modo de ejemplo y siguiendo un orden cronológico, podemos citar las siguientes:

1ª) La STS de 14 de diciembre de 1917, en la que se indemniza a un médico por la lesión de su honor y reputación al haber sido expulsado injustificadamente de una corporación profesional.

2ª) Las sentencias de 7 de noviembre de 1919 y de 12 de marzo de 1928, que indemnizan a sendas víctimas de difamaciones. La primera se había producido por medio de la prensa y la segunda, a través del retrato peyorativo de la ofendida en una novela.

²³³ Esta misma distinción de daños y de reparaciones aparece en GARCÍA SERRANO, F., "El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil", *Op. et loc. cit.*, pág. 822.

3ª) Se concede indemnización igualmente por los daños morales derivados de la lesión al honor mercantil, incluso cuando el perjudicado es una persona jurídica [STS (Sala 1ª) de 31 de marzo de 1930²³⁴]. En efecto, la tutela del honor se fue ampliando hasta alcanzar las diversas manifestaciones del mismo ("*el honor civil, comercial, científico, literario, artístico, profesional, etc.*"²³⁵, así como el "*honor conyugal*"²³⁶).

4ª) La STS (Sala 1ª) de 9 de diciembre de 1949²³⁷ indemniza los daños que ocasiona la pérdida de la facultad sexual.

5ª) La STS (Sala 1ª) de 21 de enero de 1957²³⁸ indemniza a una mujer por las dificultades para contraer nuevo matrimonio al ser declarado el anterior nulo por miedo reverencial del marido hacia su madre.

6ª) La STS (Sala 1ª) de 11 de mayo de 1977²³⁹ estima la indemnización solicitada por violación del derecho a la propia imagen de una mujer cuya fotografía había sido divulgada en una enciclopedia médica que aportaba detalles sobre la enfermedad incurable que padecía y que ella desconocía.

En esta enumeración se recogen solamente las sentencias que podemos considerar más significativas, en cuanto que forman parte de una evolución jurisprudencial que culmina con la generalizada admisión de la reparación pecuniaria de los daños no patrimoniales²⁴⁰. Carecería de sentido, y, por lo demás, sería inabarcable, la exposición de una relación completa de los pronunciamientos jurisprudenciales relativos a la reparación de los daños que nos ocupan, puesto que dicha reparación ha adquirido carta de naturaleza en nuestro Ordenamiento jurídico²⁴¹, hasta el punto de que se ha llegado a

²³⁴ RJ 816.

²³⁵ STS (Sala 1ª) de 7 de febrero de 1962 (RJ 672)

²³⁶ STS (Sala 1ª) de 9 de junio de 1969 (RJ 3353)

²³⁷ RJ 1463.

²³⁸ RJ 1133.

²³⁹ RJ 2047.

²⁴⁰ La evolución de la admisión de la reparación pecuniaria del daño extrapatrimonial es expuesta por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto, por la Sala de lo Penal en sentencias de 4 de julio de 1985 (RJ 3953) y 29 de junio de 1987 (RJ 5018).

²⁴¹ Sobre esta última consideración, *vid.* la STS (Sala 1ª) de 2 de abril de 2004 (RJ 2607), en la que expresamente se afirma que "*la construcción del referido daño como sinónimo de ataque o lesión directos a bienes o derechos extrapatrimoniales o de la personalidad, peca hoy de anticuada y ha sido superada tanto por la doctrina de los autores como de esta Sala. Así, actualmente, predomina la idea del*

afirmar que “*toda frustración personal se convierte en daño en busca de un responsable*”²⁴², puesto que con la apreciación del daño moral “*se pretende reparar el equilibrio personal injustamente alterado*”²⁴³.

2.2.4. Consideración especial del daño moral derivado de la privación de la propia vida

Dentro de la amplia y variada tipología de daños que pueden derivarse de la lesión de intereses no patrimoniales de la persona merecen consideración y tratamiento específico, a causa de los problemas teóricos y prácticos que plantean, los daños resultantes de la muerte de la víctima, esto es, los perjuicios que derivan de la lesión del bien jurídico «vida».

Para una adecuada exposición del tema que nos ocupa, es preciso concretar las cuestiones problemáticas y aquellas otras cuya solución no ofrece duda. Para ello nos parece conveniente precisar, en primer lugar, que el resultado mortal derivado de la lesión ilícita padecida por el sujeto puede tener lugar, ya sea mediando un intervalo de tiempo más o menos extenso entre el hecho dañoso y la materialización del fallecimiento –intervalo en el cual, por lo general, se intentará la curación de las heridas con el objeto de evitar el fatal desenlace–; o ya de forma inmediata, sin que transcurra intervalo o lapso temporal apreciable.

Así las cosas, podemos observar que en la primera de las hipótesis, junto al tan discutido perjuicio moral que la muerte puede haber representado para la propia víctima, se habrán generado igualmente una serie de gastos (hospitalarios, médicos, farmacéuticos...) a cargo de ésta o de sus allegados, constitutivos de daños

daño moral, representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, cual si el ataque afecta al acervo extrapatrimonial o de la personalidad (ofensas a la fama, al honor, honestidad, muerte de persona allegada, destrucción de objetos muy estimados por su propietario, etc.). De ahí que, (...), la doctrina jurisprudencial haya arbitrado y dado carta de naturaleza en nuestro derecho a la reparación del daño o sufrimiento moral, que si bien no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado”.

²⁴² VICENTE DOMINGO, E., “El daño”, *Op. et loc. cit.*, pág. 220-221.

²⁴³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Daño moral (STS de 5 de junio de 1998)”, *Aranzadi Civil*, 1998-II, pág. 14.

patrimoniales, gastos éstos que no surgirán en el caso de la llamada «muerte instantánea».

Y, por otro lado, la experiencia nos revela que la muerte de una persona suele implicar perjuicios de diversa índole que se proyectan hacia personas distintas del propio fallecido.

Pues bien, a la vista de lo anterior, es posible proceder a delimitar las cuestiones problemáticas que la hipótesis de muerte de la víctima plantea en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual. Para ello, debe aclararse que queda fuera de toda duda la legitimación activa de la víctima y, en su caso, de sus herederos para reclamar la reparación de aquellos perjuicios patrimoniales que, durante el intervalo de tiempo transcurrido entre el evento lesivo y la muerte, hayan gravado el caudal de aquélla.

Del mismo modo, se excluyen de la disputa otros daños, tanto materiales como morales, que la muerte del sujeto haya podido ocasionar a aquellas personas que mantenían con la víctima especiales vínculos de afecto o de dependencia económica. Estos daños (daños indirectos, mediatos o, en su expresión francesa, «*par ricochet*») —a los que nos referiremos más adelante— son susceptibles de reparación siempre que reúnan los requisitos propios del daño resarcible, esto es, siempre que se trate de un perjuicio propio de quien lo alega, que el interés lesionado sea considerado digno de protección por el Ordenamiento jurídico y que se aporte la prueba de su efectiva existencia. Concurriendo estas exigencias, los perjudicados pueden pretender la reparación de sus perjuicios, resultando evidente que, en tal caso, la legitimación activa les corresponderá *ex iure proprio*²⁴⁴.

A) Derecho de reparación del daño moral causado por la muerte al propio fallecido. Análisis de la posibilidad de transmisión *mortis causa* del derecho de la víctima inmediata. Opiniones doctrinales

²⁴⁴ La pertenencia de esta legitimación *ex iure proprio* a todos aquellos que sufren un daño a consecuencia de la muerte de otra persona está fuera de toda duda y es completamente independiente de la eventual acción que pueda corresponder a los herederos del difunto para la reclamación del perjuicio moral sufrido por éste por la privación de su propia vida. En este sentido se pronunció MONTEL, A., “La legittimazione attiva nell’azione di risarcimento per la morte di una persona”, *Op. et loc. cit.*, pág. 112.

Llegados a este punto de la delimitación, se hace patente que una cuestión ha quedado sin resolver: ¿Qué ocurre con el daño no patrimonial sufrido por la víctima directa a causa de la privación de su propia vida?²⁴⁵ Es más, ¿tal daño existe? En caso de existir, ¿es indemnizable? Y, en caso de respuesta afirmativa a esta última cuestión, ¿el derecho a la reparación que surge a favor del ya fallecido es transmisible a sus herederos? En definitiva, la cuestión decisiva es la de determinar si los herederos de la víctima mortal están o no legitimados para reclamar la reparación de los daños morales sufridos por el causante con motivo de su fallecimiento.

En este punto, como vamos a ver inmediatamente, la doctrina se encuentra dividida. No ocurre lo mismo en el ámbito de nuestra jurisprudencia, al haberse superado ya en la década de los años 70 el desacuerdo existente entre las Salas Primera y Segunda del Tribunal Supremo.

Con el ánimo de hallar una solución convincente al problema planteado, nos parece útil afrontar de forma separada y sistematizada las cuestiones arriba apuntadas, prestando atención a las respuestas ofrecidas por los seguidores de las distintas teorías:

1) ¿La muerte causa un daño moral a quien la padece?

La primera cuestión que debemos abordar es la de si, efectivamente, la víctima del acto lesivo mortal, sufre un daño moral a consecuencia de la privación de su vida, ya que, lejos de ser ésta una cuestión pacífica, ha suscitado debate en el seno de la doctrina. Así, algunos autores han entendido que la muerte no supone un daño para el que la padece. Al menos, que no supone un daño en sentido jurídico y, aunque alegan motivos

²⁴⁵ No nos planteamos la posibilidad del nacimiento de daños patrimoniales derivados de la muerte que afecten al propio fallecido, porque si bien es cierto que, a causa del fallecimiento se interrumpe definitivamente la posibilidad de obtener ganancias, no lo es menos que también se produce la liberación de todas las cargas económicas que pudiesen gravar al sujeto. Así opina el italiano DE CUPIS, que alude a una *compensatio lucri cum damno* (*El daño*, *Op. cit.*, pág. 667) y el portugués LEITE DE CAMPOS, D. ("A indemnização do dano da morte", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1974, pág. 251-252).

Analizando el punto de vista de los herederos en relación con este posible daño patrimonial de su causante, señala RAVAZZONI que, de vivir el sujeto afectado por el hecho lesivo mortal, una vez atendidas esas eventuales cargas, las cantidades resultantes de las ganancias obtenidas quedarían a su entera disposición, teniendo plena libertad para ahorrarlas o gastarlas. Así las cosas, aun cuando los herederos pudieran beneficiarse de un hipotético ahorro que, a la muerte de su titular, pasaría a engrosar la herencia, sería imposible conocer si el causante, de seguir con vida, hubiera adoptado una actitud ahorradora o consumista, por lo que ese eventual daño patrimonial ha de ser irrelevante para ellos. (RAVAZZONI, A., *La riparazione del danno non patrimoniale*, *Op. cit.*, pág. 194).

diversos para justificar su opinión, la mayoría son reconducibles a la idea de que la muerte implica la extinción de la personalidad del sujeto, por lo que no es apta para dar lugar al nacimiento de derecho alguno a la reparación a favor de la víctima²⁴⁶.

Sin embargo, a nuestro modo de ver, la muerte sí constituye un daño para quien la padece, tanto desde el punto de vista material como desde la perspectiva jurídica²⁴⁷. En sentido material, la muerte supone un daño para el sujeto, consistente precisamente en habérsele acortado su vida. Pero, además, ese daño puede ser calificado como tal desde un punto de vista jurídico, dado que afecta a un derecho, la vida, que goza de la protección otorgada por el Ordenamiento jurídico, protección que, dada la fundamental

²⁴⁶ Opina de este modo GÓMEZ ORBANEJA, para el cual la muerte no es reparable a quien la padece, pues lejos de concebirla como un daño desde el punto de vista de la responsabilidad civil extracontractual, la califica como el hecho en que consiste el tipo penal del homicidio (GÓMEZ ORBANEJA, E., "La acción civil de delito", *Op. et loc. cit.*, pág. 195). BATLLE VÁZQUEZ niega que la muerte sea un daño para el que muere, ya que no se trata de una disminución o anulación de una situación favorable, sino de la extinción misma de la persona como sujeto de derecho, por lo que a ella no se le pueden atribuir ya beneficios ni perjuicios (BATLLE VÁZQUEZ, M., "La evaluación del daño en las personas", *Centenario de la Ley del Notariado*, Vol. II, 1962, págs. 506 y ss.). ROGEL VIDE afirma, por su parte, que "no puede compensarse el dolor de la víctima, porque a ésta no le duele nada" (ROGEL VIDE, C., *La responsabilidad civil extracontractual*, *Op. cit.*, pág. 117). También LÓPEZ JACOISTE, aun considerando que la muerte es un mal, afirma que "no se trata de pérdida o menoscabo susceptible de resarcimiento civil" y, admitiendo la reparación de los daños morales sufridos por los allegados del difunto a causa del fallecimiento de éste, estima, sin embargo, que "a quien pierde la vida nada cabe satisfacerle", pues "para quien la padece, el hecho de la muerte es esencialmente irreparable" (LÓPEZ JACOISTE, J.J., "Reflexión sobre las indemnizaciones por causar la muerte", *Estudios de Derecho civil en homenaje al Prof. Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Vol. 2º, José Mº Bosch Editor S.A., Barcelona, 1993, págs. 1568-1569). Por último, acoge la tesis de que el que fallece no adquiere la condición de perjudicado MEDINA CRESPO, quien afirma que "el que la sufre (la pérdida del bien vida) no sufre el perjuicio que le causa la muerte, ya que, desde que ésta se produce, él deja de ser y, por tanto, no ingresa en su patrimonio el derecho a ser resarcido por el perjuicio letal. La víctima sufre el daño de la muerte, consistente en la privación de la vida, pero el perjuicio de la muerte lo sufren otros" (MEDINA CRESPO, M., *La valoración civil del daño corporal. Bases para un tratado*, Tomo IV, *Op. cit.*, pág. 114).

²⁴⁷ Comparten la tesis de que la muerte es constitutiva de daño moral resarcible a quien la padece, en nuestra doctrina: DE CASTRO Y BRAVO, F., en "La indemnización por causa de muerte", *ADC*, 1956, pág. 483; ÁLVAREZ VIGARAY, R., "La responsabilidad por daño moral", *Op. et loc. cit.*, pág. 109; VICENTE DOMINGO, E., *Los daños corporales: tipología y valoración*, *Op. cit.*, pág. 244; LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, *Op. cit.*, Vol. Segundo, pág. 485; SANTOS BRIZ, J., "Comentario al art. 1106", *Op. et loc. cit.*, pág. 136-137; Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, Edit. Tecnos, Madrid, 2001, pág. 547; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad...*, *Op. cit.*, pág. 379 y, por aportar la opinión de un conocido y prestigioso penalista, ANTÓN ONECA, al que le parece "paradójico que en un homicidio sean los familiares perjudicados y no el que pierde su vida", pues considera que ésta consta, no sólo de pasado y presente, sino también de futuro, futuro del que se ve privado quien muere. Así, en opinión de este autor "el perjuicio del homicidio está en la privación de la vida, y de la vida no se priva nunca a un muerto" (ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, 2ª ed., Ediciones Akal, Madrid, 1986, pág. 665).

En Portugal, opinan igualmente que la pérdida de la propia vida constituye un verdadero daño para su titular, daño éste que aparece como superior a cualquier otro por ser el daño máximo que la persona puede soportar, LEITE DE CAMPOS, D., en "A indemnização do dano da morte", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1974, pág. 249 y en "A vida, a morte e a sua indemnização", *Op. et loc. cit.*, págs. 11 y 12; y MENEZES LEITÃO, L.M.T., *Direito das Obrigações*, *Op. cit.*, pág. 342.

importancia del derecho en cuestión en cuanto premisa y condición de todos los demás atribuibles a la persona debe manifestarse no sólo en el ámbito penal, sino también en el civil, a través del mecanismo de la responsabilidad civil extracontractual²⁴⁸.

Ello ha de ser así, en nuestra opinión, por una razón de coherencia interna del sistema jurídico, pues, de otro modo, resultaría difícil aceptar el hecho de que las lesiones a la integridad física o psíquica, a la intimidad, al honor, etc. sean susceptibles de reparación al margen de sus repercusiones patrimoniales y que, por el contrario, no ocurra lo mismo en el supuesto de privación de la vida. Aun sin dudar del elevado valor de aquellos o tros bienes o derechos, no se puede ignorar que la vida es la base y el sustento de todos ellos, por lo que tiene valor en sí misma considerada y, en consecuencia, merece una protección, si no superior, al menos, igual que la otorgada a los mencionados derechos²⁴⁹. Siguiendo con esta argumentación, hemos de hacer notar, además, que el hecho de indemnizar las repercusiones, no sólo económicas, sino también morales, de las lesiones e incapacidades derivadas de los ataques a la integridad física sin hacer lo propio con el mayor ataque que puede sufrir una persona (la supresión de su vida) podría equivaler a estimular a los dañadores para que golpeen más fuerte, puesto que, con tal sistema, matar les resulta más económico que lesionar²⁵⁰.

2) Admitiendo que la muerte produce un daño moral a quien la padece, ¿nace a favor de la víctima mortal un derecho a la reparación del perjuicio sufrido?

Es ésta una cuestión cuya resolución va a depender del momento en el cual se entienda producido el daño. En este sentido, el daño se suele entender producido, o bien con la muerte misma, o bien en el instante en el que tiene lugar el hecho lesivo y, según

²⁴⁸ De hecho, para los italianos BORDON y PALISI, la resarcibilidad del daño por la pérdida de la vida o daño tanatológico, como ellos lo denominan, se funda precisamente en la posición central que actualmente ocupa la persona como tal en el Ordenamiento jurídico, frente a las ideas anteriores que contemplaban a la persona como mera productora de capital (BORDON, R. y PALISI, M., *Il danno da morte*, Giuffrè Editore, Milano, 2002, pág. 240).

²⁴⁹ Opina de igual modo el portugués MENEZES LEITÃO cuando afirma que "*representaria uma autêntica contradição valorativa que a lesão de outros bens pessoais (como a saúde, a liberdade ou a honra) legitimasse, em caso de morte da vítima, os herdeiros a reclamar indemnização pelos danos sofridos e a perda da vida já não o permitisse*" (MENEZES LEITÃO, L.M.T., *Direito das Obrigações*, Op. cit., pág. 342).

²⁵⁰ Así lo puso de manifiesto DE CASTRO ya en los años 50 ("La indemnización por causa de muerte", Op. et loc. cit., pág. 487) y a la misma conclusión llegan cuarenta años después los italianos GIANNINI, G. [*Il risarcimento del danno alla persona (nella giurisprudenza)*, Op. cit., pág. 101] y BORDON, R. y PALISI, M. (*Il danno da morte*, Op. cit., pág. 264), observando la jurisprudencia de su país.

cuál sea la solución adoptada será distinta la respuesta que se dé a la pregunta formulada.

a) Los detractores de la transmisibilidad *mortis causa* de la reparación del daño no patrimonial sufrido por la víctima directa afirman que el daño derivado de la muerte tiene lugar en el mismo momento en que ésta se produce. Por tanto, cuando la persona ya ha dejado de existir y carece, en consecuencia, de aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones. Se basan para hacer esta afirmación en el tenor literal del art. 32 del CC español, que prescribe que “la personalidad civil se extingue por la muerte de las personas”, por lo que, en coherencia con este precepto y aceptando la idea de que la muerte no forma parte de la vida, niegan el nacimiento a favor del difunto del derecho a la reparación del daño moral derivado de su propia muerte y, consecuentemente, la transmisibilidad de tal derecho a sus herederos²⁵¹.

En opinión de estos autores, la muerte de una persona sólo puede generar daños, materiales o morales, a los allegados del difunto, quienes estarán legitimados *ex iure*

²⁵¹ Participan de esta opinión: GÓMEZ ORBANEJA, que al negar que la muerte constituya un daño para quien la padece, niega consecuentemente la adquisición por aquél de un derecho al resarcimiento (GÓMEZ ORBANEJA, E., “La acción civil de delito”, *Op. et loc. cit.*, pág. 197); MORENO MOCHOLI, M., “Los herederos de la víctima”, *RGD*, julio-diciembre 1965, pág. 760; PUIG BRUTAU, quien, aun sin aludir expresamente al momento en el que tiene lugar el daño, afirma que “el causante no pudo transmitir un derecho que no tuvo en vida”, de lo que se deduce que niega el nacimiento a favor de la víctima mortal de un derecho a la reparación por el daño causado (PUIG BRUTAU, J., *Elementos de Derecho Civil*, *Op. cit.*, pág. 194) y, por último, PANTALEÓN PRIETO, F. pone este argumento en boca de uno de sus interlocutores imaginarios en “Diálogo sobre la indemnización por causa de muerte”, *ADC*, 1983, pág. 1578.

También en la doctrina italiana se utiliza el argumento que nos ocupa para negar el nacimiento a favor del difunto de un derecho al resarcimiento y, por ende, su transmisión *mortis causa*. En concreto, opina de este modo GENTILE, quien afirma que en los casos en los que la muerte sobrevenga después de un cierto período de tiempo desde que tuvo lugar la lesión se transmite a los sucesores del causante el derecho a reclamar la reparación por los daños verificados en dicho período, que serán los derivados de la lesión, mas no de la muerte (GENTILE, G., voz «Danno alla persona», *Enc. Dir.*, Tomo, XI, Giuffrè Editore, 1962, pág. 671). En el mismo sentido, RAVAZZONI, A., *La riparazione del danno non patrimoniale*, *Op. cit.*, págs. 197-200; DI GIOVANNI, F., “Sulla risarcibilità «iure hereditario» del danno da uccisione”, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1995, n° 1, pág. 82 y POGLIANI, M., en GIANNINI, G. y POGLIANI, M., *Il danno da illecito civile*, *Op. cit.*, pág. 249.

Igualmente, se adhiere a esta opinión el portugués ANTUNES VARELA, J., *Das obrigações em geral*, *Op. cit.*, pág. 611. Este autor, además, apoya su postura contraria a la transmisibilidad hereditaria de la indemnización del daño moral que deriva de la pérdida de la propia vida en el art. 496.2 del CCPor., precepto que dispone lo siguiente: “Por morte da vítima, o direito à indemnização por danos não patrimoniais cabe, em conjunto, ao cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes; na falta destes, aos pais ou outros ascendentes; e, por último aos irmãos ou sobrinhos que os representem”. Con base en el tenor literal de este precepto considera el autor citado que el derecho que corresponde a estos sujetos es un derecho propio, que no sería compatible con la existencia de un derecho hereditario. De hecho, la hipótesis de la coexistencia de esos dos derechos es calificada por este autor como tesis absurda (*Op. cit.*, pág. 610).

proprio para reclamar el resarcimiento de tales perjuicios. Excepcionalmente, en los casos en los que entre el hecho lesivo y la muerte medie un período de tiempo más o menos largo, admiten la legitimación *ex iure hereditario* de los sucesores del fallecido para reclamar los perjuicios patrimoniales y morales que éste hubiera podido sufrir a causa de las lesiones padecidas en dicho intervalo temporal. Fuera de esos casos, esto es, en los supuestos de la que denominan «muerte instantánea», no conciben posibilidad alguna de actuación *ex iure hereditario*, pues al coincidir plenamente los momentos del daño y de la muerte entienden que no puede surgir a favor del fallecido derecho alguno a la reparación²⁵². Pero ha de hacerse notar que en los supuestos en los que estos autores admiten este tipo de legitimación no nos hallamos propiamente ante el daño moral que deriva de la muerte, sino ante los perjuicios patrimoniales y morales derivados de las lesiones mortales que la propia víctima ha sufrido en ese período que precede a su fallecimiento.

Ante este panorama y con la intención de salvar la objeción de la falta de capacidad jurídica en el momento de producirse el daño mortal y admitir así la transmisión a los herederos del fallecido del derecho a reclamar la reparación del daño moral causado a este último como consecuencia de la privación de su vida, se recurre tradicionalmente, por parte de la doctrina partidaria de la transmisión, a la idea de considerar que, aun cuando el daño tiene lugar efectivamente en el momento del fallecimiento, este momento pertenece a la vida (*momentum mortis vitae tribuitur*)²⁵³. De acuerdo con esta

²⁵² Sostiene esta opinión de modo expreso BORRELL MACIA, A., *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil*, Op. cit., pág. 331-332.

En contra, ÁLVAREZ VIGARAY, para quien esa distinción entre muerte instantánea y no instantánea carece de cualquier justificación, puesto que, en opinión de este autor, "el carácter instantáneo o no de la muerte es una diferencia accidental que no justifica un diverso régimen jurídico". Además, siguiendo el argumento ofrecido por los autores ahora criticados resultaría que "sería mucho mejor la situación de la persona responsable que cuando la muerte no fue inmediata, sin que tenga explicación esa diferencia" (ÁLVAREZ VIGARAY, R., "La responsabilidad por daño moral", Op. et loc. cit., pág. 109).

²⁵³ En este sentido, aun no haciendo referencia expresa a la idea señalada, DE CASTRO la recoge cuando afirma que "el daño se produce a la persona que vive; a ella se le quita la vida o se le da muerte. No es la muerte (consecuencia), sino el acto que la produce, el que origina la responsabilidad del culpable. El hecho causante se produce viviendo la víctima" (DE CASTRO Y BRAVO, "La indemnización por causa de muerte", Op. et loc. cit., pág. 486). Otro tanto se puede decir de ANTÓN ONECA, que señala que "el perjuicio del homicidio está en la privación de la vida, y de la vida no se priva nunca a un muerto" (ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, Op. cit., pág. 665). Por último, en esta misma línea, se adhieren a la opinión de DE CASTRO, Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Op. cit., pág. 547.

En la doctrina italiana recurre al argumento de que el momento de la muerte se imputa a la vida del muerto, DE CUPIS, A. (*El daño*, Op. cit., pág. 665), si bien lo hace de forma subsidiaria para reforzar la tesis de la legitimación *ex iure hereditario*, ya que este autor considera que el daño se produce, no en el instante de la muerte, sino en un momento anterior, siempre existente, que es aquél en el que el hecho

idea, no habría problemas en reconocer la adquisición, por parte de la víctima, del derecho a la reparación del daño moral por ella padecido a causa de su propia muerte, lo cual posibilitaría, al mismo tiempo, la legitimación *ex iure hereditario* de sus sucesores.

Sin embargo, este último argumento no resulta determinante porque no encuentra apoyo en apreciaciones científicas o jurídicas, sino en la simple convicción o apreciación de quien lo alega.

b) Por su parte, la respuesta dada por la mayoría de los defensores de la legitimación *ex iure hereditario* a la cuestión de cuándo se entiende producido el daño es bien distinta. Estos autores suelen eludir el complejo problema que supone determinar el momento exacto en el que se produce la muerte, pues en esta cuestión los argumentos jurídicos no bastan para llegar a una conclusión convincente. Muy al contrario, se hace preciso echar mano de los conocimientos aportados por la ciencia médica, pero ni siquiera éstos nos ofrecen respuestas definitivas, ya que, en ocasiones, los propios avances médicos y científicos generan aún más confusión al permitir el mantenimiento de la vida de las personas en condiciones puramente vegetativas. Con estas premisas, creemos estar en lo cierto al afirmar que la muerte sigue estando fuera de la esfera de conocimiento de los vivos.

A la vista de la situación expuesta, este grupo de autores opta por dejar de lado la cuestión relativa a si la muerte pertenece o no a la vida y se centran, por el contrario, en determinar el instante en que el daño o perjuicio adquiere existencia efectiva. En este punto, consideran que el daño no patrimonial que la muerte genera a cargo de la persona que la sufre se produce, no en el momento en que aquélla sobreviene, sino en un momento anterior, concretamente, en el instante en el que se verifica la acción o el evento del que deriva el perjuicio. Siendo así, no cabe duda que el hecho del que deriva la responsabilidad del causante tiene lugar en vida de la víctima, de modo que ésta es capaz para adquirir, en ese mismo instante, el derecho a obtener la reparación del daño, aun cuando este daño, como consecuencia que es del hecho del agente, se manifieste con posterioridad concretándose en el evento mortal²⁵⁴.

dañoso es creado. Sólo para el caso de que no se comparta su opinión, enuncia la idea de que *momentum mortis vitae tribuitur*, que llevaría de nuevo a la conclusión por él defendida.

²⁵⁴ Son de esta opinión en la doctrina extranjera: MAZEAUD, H., L. y J., *Lecciones de Derecho Civil*, Op. cit., pág. 368; MONTEL, A., "La legittimazione attiva nell'azione di risarcimento per la morte

Los partidarios de esta tesis salvan igualmente el obstáculo que la muerte instantánea podría representar para la transmisibilidad *mortis causa* del derecho de reparación afirmando que, incluso, en tales supuestos existe un intervalo de tiempo, por breve que sea²⁵⁵, entre el evento lesivo y el resultado de muerte, suficiente para que la víctima adquiriera el derecho a la reparación. Niegan, de este modo, la realidad de la muerte instantánea como tal²⁵⁶.

c) Nuestra opinión se encuadra en la línea sostenida por quienes afirman la adquisición por la víctima mortal del derecho a la reparación del perjuicio no patrimonial que le ocasiona su propia muerte y su consiguiente adquisición *iure hereditatis* por parte de sus sucesores, si bien con algunas precisiones o matizaciones.

En efecto, consideramos que entre el hecho lesivo y el resultado de muerte existe siempre, por fugaz que sea, un momento apto para que pueda nacer a favor de la víctima un derecho a la reparación del daño moral que la propia pérdida de su vida le causa. Pero la razón que ampara el nacimiento de tal derecho, a nuestro juicio, va más allá del mero hecho de que el evento lesivo sea causa y la muerte, efecto²⁵⁷. Este argumento, que se centra en la acción que lleva a cabo el dañador, puede ser atacado y, de hecho, lo

di una persona", *Op. et loc. cit.*, pág. 118; CARIOTA FERRARA, L., "Il momento della morte è fuori della vita?" *Riv. Dir. Civ.*, 1961, VII, págs. 137 y 138; DE CUPIS, A., *El daño*, *Op. cit.*, pág. 665 o GIANNINI, G., en *Il risarcimento del danno alla persona (nella giurisprudenza)*, *Op. cit.*, pág. 111 y en GIANNINI, G. y POGLIANI, M., *Il danno da illecito civile*, *Op. cit.*, pág. 237.

En España, DE CASTRO Y BRAVO, F., "La indemnización por causa de muerte", *Op. et loc. cit.*, pág. 486; VICENTE DOMINGO, E., *Los daños corporales: tipología y valoración*, *Op. cit.*, pág. 245; DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, *Op. cit.*, pág. 548 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad...*, *Op. cit.*, pág. 379. PANTALEÓN vuelve a ofrecer este argumento a través de uno de los interlocutores de su diálogo, aunque el autor citado no se pronuncia a favor ni en contra de ninguna de las tesis expuestas (PANTALEÓN PRIETO, F., "Diálogo sobre la indemnización por causa de muerte", *Op. et loc. cit.*, pág. 1578).

²⁵⁵ Esa posible brevedad queda patente en las expresiones utilizadas por ciertos autores. Es el caso del portugués VAZ SERRA, para quien "desde que o facto causador da morte produz dor na vítima, e existe sempre, conquanto por vezes fugaz, um intervalo entre o facto e a morte, podendo, portanto, a vítima adquirir o direito à reparação, segue-se que nada parece obstar, em princípio, a que ela, tendo adquirido esse direito (que é um direito patrimonial, pois tem por objecto uma prestação pecuniária), o transmita aos seus herdeiros" (VAZ SERRA, A., "Reparação do dano não patrimonial", *Op. et loc. cit.*, pág. 95). Más claro, todavía, se muestra YZQUIERDO TOLSADA, el cual habla de "un «segundo jurídico» en el cual el derecho ha ingresado en el patrimonio" (YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad...*, *Op. cit.*, pág. 379).

²⁵⁶ De forma expresa niega la existencia de la muerte instantánea VICENTE DOMINGO, quien la califica como "ficción de eficacia exclusivamente retórica" (VICENTE DOMINGO, E., *Los daños corporales: tipología y valoración*, *Op. cit.*, pág. 243).

²⁵⁷ Utilizando las palabras de GIANNINI, G., en *Il risarcimento del danno alla persona (nella giurisprudenza)*, *Op. cit.*, pág. 111.

ha sido, desde el punto de vista de los presupuestos y de las funciones de la responsabilidad civil extracontractual.

En efecto, como repetidamente hemos señalado, el daño se presenta como el presupuesto imprescindible para que pueda surgir la responsabilidad del agente. Sin daño no surge a cargo de aquél obligación alguna de reparación, porque nada hay que reparar, y ello, por mucho que el agente haya realizado un acto antijurídico. Pues bien, se ha dicho²⁵⁸ que la tesis expuesta confunde la acción antijurídica con el daño, pues se fija en la existencia de la primera para derivar de dicha existencia el nacimiento de la obligación de reparación a cargo de su autor, con olvido de la necesaria causación de un perjuicio al titular del interés lesionado. De este modo, a juicio de DI GIOVANNI, se está asignando a la responsabilidad civil una función punitiva que le es extraña o que, en cualquier caso, no puede prevalecer sobre la reparadora.

Con el fin de evitar la crítica precedente consideramos más conveniente sostener, de acuerdo con el requisito de la certeza del daño resarcible, que en el lapso temporal que necesariamente transcurre entre el evento lesivo y el resultado mortal existe siempre un instante en el que la muerte aparece como cierta, un instante en el que se puede decir que no hay marcha atrás, que el daño derivado de la muerte se ha producido porque el resultado mortal es ya ineludible²⁵⁹. En ese instante, en el que la persona se mantiene aún con vida, tiene lugar el nacimiento en su patrimonio del derecho a la reparación del daño moral que la muerte, como daño cierto que es, le causa. Desde esta perspectiva, no cabe duda que, al haber daño resarcible –puesto que deriva de un acto antijurídico y

²⁵⁸ La crítica se recoge del autor italiano DI GIOVANNI, F., "Sulla risarcibilità «iure hereditario» del danno da uccisione", *Op. et loc. cit.*, pág. 98.

²⁵⁹ En este sentido, el italiano TEDESCHI afirmó, hace tiempo, que, en general, el momento en el cual puede decirse que el daño se ha verificado es precisamente aquél en el que el daño aparece como cierto (TEDESCHI, G., "Il danno e il momento della sua determinazione", *Op. et loc. cit.*, pág. 256).

Más recientemente, el argumento que considera que el daño se produce en el mismo instante en el que la muerte aparece como cierta, aunque todavía no se haya verificado, fue acogido como correcto por el portugués LEITE DE CAMPOS, D. ("A indemnização do dano da morte", *Op. et loc. cit.*, pág. 291-292 y "A vida, a morte e a sua indemnização", *Op. et loc. cit.*, pág. 17-18), y también, desde un punto de vista teórico, por el italiano STEFANI, aunque este último autor termina por rechazar la legitimación *iure hereditatis* de los sucesores del fallecido con base en que, desde una perspectiva puramente práctica, le resulta más apropiada la tesis de la legitimación *ex iure proprio* (STEFANI, D., *Il risarcimento del danno da uccisione*, 2ª ed., Giuffrè Editore, Milano, 1994, pág. 38).

Por su parte, parecen compartir nuestra opinión BORDON y PALISI, que se pronuncian del modo siguiente: "Nel momento di commissione dell'atto illecito che per la propria energia devastatrice rende certa (anche se è di una certa certezza relativa) il sopraggiungere della morte, sorge in capo alla vittima un danno futuro relativo alla perdita della vita e quindi al risarcimento, che si verifica –è ovvio– al momento del decesso" (BORDON, R. y PALISI, M., *Il danno da morte*, *Op. cit.*, pág. 258).

cierto— surge la responsabilidad civil, la cual se concretará en la obligación a cargo del dañador de reparar el perjuicio causado a la víctima.

Además, entendemos que no resulta necesario que la víctima mortal se encuentre consciente en ese instante para que pueda adquirir el derecho al resarcimiento del perjuicio moral que de la privación de la vida se deriva, pues la imposición de esa necesidad de consciencia acerca del daño producido llevaría al absurdo de negar igualmente la reparación de los daños causados a aquellas personas que, con ocasión del accidente sufrido, quedan en estado vegetativo²⁶⁰. El único requisito que se exige, entonces, es que la víctima se encuentre con vida y, consiguientemente, con capacidad jurídica en tal momento y ese requisito se cumple adoptando la solución propuesta.

En conclusión, con nuestra puntualización no se corre el riesgo de olvidar la necesaria concurrencia del elemento daño como fundamento de la responsabilidad civil extracontractual y, al mismo tiempo, se respeta la tan reivindicada²⁶¹ función reparadora de la misma.

²⁶⁰ Esta opinión es compartida por autores de diversos sistemas jurídicos. En nuestra doctrina es destacable la afirmación del penalista ANTÓN ONECA, para quien es indiferente que la privación de la vida se produzca o no en un momento de consciencia de la víctima, porque "el daño resarcible no tiene por qué ser consciente" (ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, Op. cit., pág. 665).

En la doctrina portuguesa señaló LEITE DE CAMPOS que "o facto de o dano se não encontrar consciencializado «ex post» pelo lesado que, na altura da sua verificação e por facto desta, perde o conhecimento, não tem sido considerado obstáculo à sua existência. Com efeito, não é duvidoso, por ex., que alguém mergulhado em estado de coma seja passível de danos —uma nova agressão que origine a amputação de um membro. Como também não se afigura discutível que a lesão que provocou imediatamente o coma constitua um dano indemnizável. Os danos aparecem, em todos os casos, objectivados, independentes da consciência que o titular dos bens ofendidos tenha da agressão ou do dano" (LEITE DE CAMPOS, D., "A indemnização do dano da morte", Op. et loc. cit., pág. 249, nota nº 1).

En tiempos más recientes se han pronunciado en el mismo sentido los italianos BORDON y PALISI, para quienes "è palese la tentazione di introdurre impropriamente nella struttura dell'illecito un elemento psicologico in capo alla vittima la quale dovrebbe avere appunto piena contezza della perdita di validità subita. Tale argomentazione non è però pienamente convincente (...): se effettivamente le maglie per la risarcibilità del danno biologico fossero così strette sarebbe difficile risarcire a nche il danno biologico di un soggetto ridotto in stato vegetativo e privo di qualsiasi sensazione di se medesimo. Eppure è posizione pacifica della giurisprudenza di legittimità e di merito quella di riconoscere tali voci di danno anche nell'ipotesi di macro lesioni" (BORDON, R. y PALISI, M., *Il danno da morte*, Op. cit., pág. 255-256).

²⁶¹ Reclama el protagonismo de la finalidad reparadora de la responsabilidad civil extracontractual LÓPEZ JACOISTE, cuando afirma que "el moderno Derecho civil de daños, por su parte, precisa reafirmar su destino eminentemente reparador", así como que "frente al planteamiento penal, afflictivo para el agente, el Derecho civil de daños precisa orientarse a reparar a quienes resultaron perjudicados en la precisa y puntual medida del menoscabo sufrido" (LÓPEZ JACOISTE, J.J., "Reflexión sobre las indemnizaciones por causar la muerte", Op. et loc. cit., págs. 1565 y 1580, respectivamente).

3) Una de las objeciones vertidas frente a la posibilidad de transmisión *iure hereditatis* del derecho a la reparación del daño moral sufrido por la víctima a causa de su propia muerte es la que alude a la imposibilidad de valorar en dinero un bien tan elevado e importante como la vida²⁶².

Nos hallamos ante una de las objeciones formuladas a la reparación pecuniaria de los daños extrapatrimoniales en general y que, sin embargo, puede entenderse superada desde el momento en que tuvo lugar la ampliación de las funciones del dinero, pasando a concebirse el mismo, no sólo como instrumento de equivalencia de bienes materiales, sino también como medio de compensación de los daños no patrimoniales. De este modo, en los casos en los que la reparación en forma específica del daño moral no sea posible, como acontece en las hipótesis de muerte del perjudicado, se procederá a su reparación en dinero que, si bien puede no ser perfecta a causa de la ausencia de equivalencia entre éste y un bien extrapatrimonial como la vida, no deja de constituir un resarcimiento por el daño sufrido²⁶³.

4) Otro de los reparos formulados por los no partidarios de la transmisibilidad *mortis causa* del derecho que nos ocupa es la que se centra en el carácter personalísimo del derecho violado.

Se dice que el derecho a la vida es personalísimo y, con él, el dolor que su violación supone. Por esta razón, se entiende que no cabe la transmisión a los herederos del difunto del derecho a reclamar la reparación de un daño que, por recaer sobre un interés inherente a la víctima, sólo a ésta le pertenecía²⁶⁴. El apoyo legal que utilizan los defensores de esta tesis para justificarla se encuentra en el art. 659 de nuestro Código Civil, según el cual, "*la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte*" y, con base en el mismo, afirman que el derecho a la reparación de los daños no patrimoniales que sufre una persona a causa

²⁶² MORENO MOCHOLI, M., "Los herederos de la víctima", *Op. et loc. cit.*, págs. 759 y 760.

²⁶³ Sobre esta segunda finalidad del dinero *vid.* DE CASTRO, "La indemnización por causa de muerte", *Op. et loc. cit.*, pág. 482; ÁLVAREZ VIGARAY, R., "La responsabilidad por daño moral", *Op. et loc. cit.*, pág. 97 y GARCÍA SERRANO, F., "El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil", *Op. et loc. cit.*, pág. 833.

²⁶⁴ Comparten este argumento, MORENO MOCHOLI, M., "Los herederos de la víctima", *Op. et loc. cit.*, pág. 760; SOTO NIETO, F., "Indemnización por daños morales", *Derecho Vivo*, Tomo I, Madrid, 1970, págs. 86 y ss. y LÓPEZ JACOISTE, J.J., "Reflexión sobre las indemnizaciones por causar la muerte", *Op. et loc. cit.*, pág. 1567.

de su muerte se incluye entre esos derechos que, por extinguirse con la muerte del causante por razón de ser personalísimos, no son susceptibles de engrosar la herencia. Es decir, atribuyen al derecho a la reparación la misma naturaleza que corresponde al derecho violado: el ser un derecho de la personalidad, como tal, de naturaleza extrapatrimonial e intransmisible y, por tanto, no susceptible de transmisión hereditaria, puesto que sólo se sucede al difunto en su esfera patrimonial.

Sin embargo, este pretendido obstáculo a la transmisibilidad *mortis causa* de la acción de reparación del daño moral causado a la víctima inmediata con motivo de su muerte puede ser fácilmente combatido desde dos perspectivas diversas:

a) El art. 105.2 del CP anterior establecía la transmisibilidad activa y pasiva de la obligación de resarcimiento a los herederos del perjudicado y a los del dañador y, aunque la acción que este precepto consideraba transmisible *mortis causa* era cualquier acción aquiliana, no sólo la derivada de la muerte de la víctima, lo cierto es que ésta no se excluía. En el CP vigente no se recoge un precepto equivalente al mencionado. Sin embargo, ello no significa necesariamente que no se produzca la transmisibilidad de las acciones civiles de daños. Por el contrario, podemos entender que el nuevo CP se remite, en este punto, a la regulación civil, de acuerdo con lo previsto en su art. 109²⁶⁵, ya que deducir de la supresión del art. 105.2 la derogación de la transmisibilidad de tales acciones llevaría al absurdo de negar la transmisibilidad de todo tipo de indemnizaciones derivadas de un acto ilícito penal.

b) Por otra parte, una cosa es el dolor causado con la pérdida de la propia vida, daño éste que sólo la víctima directa puede sufrir y otra cosa bien distinta es el derecho a la reparación del daño sufrido, derecho este último de naturaleza eminentemente patrimonial²⁶⁶, por mucho que el mismo tenga su origen en la lesión a un interés no

²⁶⁵ El art. 109 del CP vigente (LO 10/1995, de 23 de noviembre) prescribe lo siguiente:

"1. La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados.

2. El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil."

²⁶⁶ Proceden a esta distinción entre daño sufrido y derecho a la reparación del mismo los italianos MONTEL, A., "La legittimazione attiva nell'azione di risarcimento per la morte di una persona", *Op. et loc. cit.*, pág. 117-118 y *Problemi della responsabilità civile e del danno*, *Op. cit.*, pág. 106; SCOGNAMIGLIO, R., "Il danno morale", *Op. et loc. cit.*, págs. 324-325; DE CUPIS, A., *El daño*, *Op. cit.*, págs. 367-368 y GIANINNI, G. (GIANINNI, G. y POGLIANI, M., *Il danno da illecito civile*, *Op.*

patrimonial. Y ello, porque, admitida la imposibilidad de una reparación en forma específica que devuelva la vida a aquél que la perdió, la única alternativa viable es la compensación del dolor soportado a través de una determinada cantidad de dinero a satisfacer por el dañador.

Así, si al carácter patrimonial del derecho a la reparación unimos la consideración de que tal derecho entra en el patrimonio de la víctima desde el momento en el que concurre la certeza acerca de la causación del fallecimiento, se concluye que aquél se transmitirá a los herederos del causante, por estar dentro del patrimonio de éste, en el mismo instante en que su muerte se verifique²⁶⁷.

5) Algunos autores niegan la posibilidad de la transmisión *mortis causa* del derecho de reparación del daño moral de la víctima inmediata basándose en que con esa transmisión no se cumple la finalidad indemnizatoria.

No obstante, en este punto, superada por inviable la teoría según la cual el fin de toda reparación es borrar el perjuicio sufrido, se admite por la generalidad de la doctrina que la finalidad de la reparación pecuniaria del daño no patrimonial es la de ofrecer al perjudicado una compensación en dinero que le sirva para procurarse las satisfacciones que estime oportunas con el fin de mitigar o atenuar los efectos del daño sufrido. Ahora bien, en el caso que nos ocupa, la víctima del perjuicio moral ha muerto y, en consecuencia, no puede beneficiarse de tales satisfacciones. Por esta razón, los detractores de la teoría de la legitimación *ex iure hereditario* estiman que con la transmisión del derecho de reparación del daño moral causado a la víctima con ocasión de su muerte, tal finalidad compensatoria no se cumple y, por el contrario, se actúa una

cit., pág. 237); así como el colombiano HENAO, J.C., *El daño...*, *Op. cit.*, pág. 247. En España lo hace VICENTE DOMÍNGO, E., *Los daños corporales: tipología y valoración*, *Op. cit.*, pág. 236.

Sin realizar de forma expresa tal distinción se pronuncian igualmente a favor de la transmisibilidad *mortis causa* del derecho del causante a la reparación, ÁLVAREZ VIGARAY, R., "La responsabilidad por daño moral", *Op. et loc. cit.*, pág. 109 y SANTOS BRIZ, J., en *La responsabilidad civil...*, *Op. cit.*, págs. 362-363 y en "Comentario al art. 1106", *Op. et loc. cit.*, pág. 137. En ambas obras afirma este último autor que "es posible una valoración pecuniaria transmisible".

En el Derecho francés, igual reconocimiento implícito del carácter patrimonial y, por ello, transmisible del derecho a la indemnización realizan los hermanos MAZEAUD, H., L. y J., *Lecciones de Derecho Civil*, *Op. cit.*, pág. 367.

Y en la doctrina portuguesa afirma el carácter patrimonial del derecho a la reparación del daño, incluso del no patrimonial, como fundamento de su heredabilidad LEITE DE CAMPOS, D., "A indemnização do dano da morte", *Op. et loc. cit.*, págs. 263 y 275.

²⁶⁷ *Vid.*, en este sentido, el art. 661 del CC: "Los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones"

función meramente sancionadora para el responsable, dando lugar, además, a un enriquecimiento injusto a favor de los herederos del fallecido²⁶⁸.

Sin embargo, la opinión expuesta resulta discutible, ya que, incluso dejando de lado el hecho de que la vida tiene un valor *per se*, a la persona que fallece –como en su día señaló DE CASTRO– le “*importa el destino que tendrán sus bienes después de su muerte y no le interesa menos el importe o cantidad de bienes que pasarán a poder de sus derechohabientes*”²⁶⁹. Por esta razón, creemos que no se puede afirmar que la finalidad compensatoria de la reparación pecuniaria del daño moral no se cumple en los casos de transmisión del derecho indemnizatorio a los sucesores del finado, pues no se puede desconocer que, incluso, la víctima de un accidente que, sobreviviendo al mismo, resulta con importantes secuelas que reducen al mínimo su calidad de vida (*v.gr.*, tetraplejía) podría encontrar la satisfacción a sus sufrimientos, no en el empleo de bienes para su goce o disfrute –pues, dada la trascendencia de las secuelas ese goce o disfrute será difícil de conseguir–, sino en la simple posesión de bienes o de dinero que, a su muerte, pasen a integrar su caudal hereditario y vayan a parar, en consecuencia, a manos de sus parientes más allegados²⁷⁰.

Además, con la tesis de que la finalidad indemnizatoria del daño moral no se cumple cuando tiene lugar la transmisión *mortis causa* del derecho a la reparación se podría llegar a conclusiones absurdas, pues se podría entender que aquella no se cumple tampoco en el caso de que la víctima de unas lesiones no necesariamente graves, habiendo reclamado judicial o convencionalmente la indemnización correspondiente a

²⁶⁸ Es el pensamiento del francés ESMEIN, P., *Obligations*, en PLANIOL, M. y RIPERT, G., *Traité pratique de droit civil français*, Tomo IV-1º, LGDJ, Paris, 1930, pág. 890 o de los españoles MORENO MOCHOLÍ, M. (“Los herederos de la víctima”, *Op. et loc. cit.*, pág. 760); MARTÍN VILLA, P. y BLANCO, M.D. (“Sobre la transmisibilidad de las obligaciones «ex cuasi delicto»”, *RDP*, julio-agosto, 1992, pág. 664-665) y GÁZQUEZ SERRANO, L. (*La indemnización por causa de muerte*, Edit. Dykinson, Madrid, 2000, pág. 53). De la misma opinión es la autora chilena DOMÍNGUEZ HIDALGO, C., *El daño moral*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, pág. 735.

²⁶⁹ DE CASTRO Y BRAVO, F., “La indemnización por causa de muerte”, *Op. et loc. cit.*, pág. 483. Este autor volvió a pronunciarse tres años después a favor de la transmisibilidad hereditaria de la indemnización del daño moral derivado de muerte del sujeto, bajo el argumento de que “*la víctima, como todos nosotros en cuanto posibles víctimas, tiene interés moral en que mediante la indemnización se cubra (en parte al menos) el riesgo de la muerte prematura por acto ajeno culposo o negligente*” (DE CASTRO Y BRAVO, F., “Los llamados derechos...”, *Op. et loc. cit.*, pág. 1272).

²⁷⁰ En sentido similar se pronuncia GARCÍA LÓPEZ, que admite la transmisibilidad hereditaria del daño moral, tanto en general como en el supuesto de muerte de la víctima, sobre la base de que “*la satisfacción de la víctima puede encontrarse en el beneficio que un tercero obtenga del ejercicio de un derecho indemnizatorio*” (GARCÍA LÓPEZ, R., *Responsabilidad civil por daño moral...*, *Op. cit.*, págs. 212 y 243).

las mismas, falleciese por causas ajenas a éstas (v.gr., por muerte natural) antes de recibirla, porque en tal supuesto el titular del derecho no podría tampoco procurarse satisfacciones que, de algún modo, le compensasen el daño sufrido a causa de aquellas lesiones. Y, a diferencia de lo que ocurre en el supuesto que tratamos de aclarar, en esta última hipótesis no se duda acerca de la legitimación de los herederos para, en su caso, continuar el ejercicio de la acción y recibir la indemnización debida por el sujeto responsable, puesto que el derecho a la misma ya había entrado a formar parte del patrimonio de su causante en vida de éste.

La conclusión que hemos extraído se ve reforzada a través de un argumento al que recurre el Profesor DE CASTRO y que consiste en tomar en consideración el fundamento del seguro de vida para observar las semejanzas que dicha institución presenta con la responsabilidad civil extracontractual derivada de la causación de la muerte de otro. Según este autor, el seguro de vida encuentra su causa o fundamento en el interés del asegurado de cubrirse frente al riesgo de que por su muerte prematura no pueda dar o no pueda dejar en herencia el capital asegurado. Siendo esto así, DE CASTRO considera que *"la responsabilidad civil del que dolosa o culposamente daña a otro es una especie de garantía o de seguro legal a cargo de cada persona (por el riesgo que su conducta supone) en favor de todos los demás"*²⁷¹.

Este argumento ha sido desarrollado con posterioridad por GARCÍA LÓPEZ, que, considerando que la contratación de un seguro de vida a favor de un tercero manifiesta el interés del asegurado en que la extinción de su vida suponga un beneficio para alguien y ello sin que el hecho que produce la muerte constituya necesariamente un acto ilícito, considera que el interés en la propia vida y en su trascendencia se manifiesta con mayor fuerza aún cuando la privación de la misma deriva de un hecho injusto. De ahí que, si la protección de ese interés depende en el seguro de vida del pago de una prima (previa estipulación del contrato entre asegurador y asegurado), tratándose de actos ilícitos, tal protección deba ser aportada por el Ordenamiento jurídico, en cuanto que ese interés recae sobre un bien, la vida, que es objeto de un derecho de la personalidad. Con esta construcción, además, el autor salva, por un lado, el pretendido obstáculo del enriquecimiento injusto o sin causa que podría resultar para el heredero, en cuanto que

²⁷¹ DE CASTRO Y BRAVO, F., "La indemnización por causa de muerte", *Op. et loc. cit.*, págs. 483-485.

la suma que éste obtiene en concepto de indemnización del daño moral padecido por la víctima mortal constituye el efecto jurídico de la lesión del interés de la víctima en su propia vida, por lo que en esa lesión encuentra su causa; y, por otra parte, salva también la objeción que aludía a la falta de cumplimiento de la finalidad indemnizatoria, dado que la satisfacción de la víctima, al igual que ocurre en el seguro de vida, se puede conseguir por medio de la atribución a otras personas de una suma de dinero con la que podrán cubrir sus necesidades o procurarse ciertas utilidades²⁷².

6) Por último, centrando nuestra atención en la búsqueda de algunas otras consideraciones que se podrían esgrimir a favor de la transmisibilidad *mortis causa* del derecho a la reparación del daño moral que corresponde a la propia víctima a causa de su muerte, nos encontramos, en primer lugar, con un argumento de Derecho positivo: el art. 6 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen²⁷³. Este precepto contempla en sus dos apartados dos posibilidades distintas:

a) Por un lado, el apartado segundo permite a las personas enumeradas en el art. 4 de la Ley²⁷⁴ continuar, al fallecimiento del titular del derecho lesionado, el ejercicio de las acciones ya entabladas por aquél. Disposición ésta que no es más que “una especificación de las previsiones contenidas en el art. 130 CC en el que se dispone que «a la muerte del actor sus herederos podrán continuar con las acciones ya entabladas»”²⁷⁵.

²⁷² GARCÍA LÓPEZ, R., *Responsabilidad civil por daño moral...*, Op. cit., págs. 242-244.

²⁷³ Art. 6 LO 1/1982, de 5 de mayo: “1. Cuando el titular del derecho lesionado fallezca sin haber podido ejercitar por sí o por su representante legal las acciones previstas en esta ley, por las circunstancias en que la lesión se produjo, las referidas acciones podrán ejercitarse por las personas señaladas en el artículo 4º.

2. Las mismas personas podrán continuar la acción ya entablada por el titular del derecho lesionado cuando falleciere”.

²⁷⁴ Art. 4: “1. El ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida corresponden a quien ésta haya designado a tal efecto en su testamento. La designación puede recaer en una persona jurídica.

2. No existiendo designación o habiendo fallecido la persona designada estarán legitimados para recabar la protección el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento.

3. A falta de todos ellos, el ejercicio de las acciones de protección corresponderá al Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de persona interesada, siempre que no hubieren transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado. El mismo plazo se observará cuando el ejercicio de las acciones mencionadas corresponda a una persona jurídica designada en testamento”.

²⁷⁵ ROVIRA SUEIRO, M.E., *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Op. cit., pág. 285.

b) En segundo lugar, el apartado primero permite a esas mismas personas ejercitar las acciones que el titular del derecho lesionado no hubiera podido entablar por haberse producido su fallecimiento. Este precepto, a pesar de contener peculiaridades en cuanto a las personas legitimadas, nos ofrece un argumento a favor de la justificación de la transmisión *mortis causa* del derecho a la reparación del daño moral causado a la víctima con ocasión de su propia muerte cuando, al igual que ocurre en el supuesto regulado en el art. 6 LO 1/1982, la víctima mortal no ha podido ejercitar las acciones oportunas. En cualquier caso, es preciso que el titular del derecho lesionado no haya podido ejercitar la acción, “*pues si pudo ejercitarla y no lo hizo existe –como se recoge en la Exposición de Motivos– «una fundada presunción de que los actos que objetivamente pudieran constituir lesiones no merecieron esa consideración a los ojos del perjudicado o su representante legal»*”²⁷⁶. Por esta razón, este argumento de Derecho positivo puede ser utilizado para defender la legitimación *ex iure hereditario* en cualquier supuesto de muerte de la víctima directa, ya que puede servir para convencer a quienes dudan sobre la conveniencia y la posibilidad jurídicas de llevar a cabo la transmisión del derecho de reparación del daño que sufre la persona que fallece a causa de la conducta ilícita de otra²⁷⁷.

Un último argumento en defensa de la reparación pecuniaria del daño moral que sufre la propia víctima con ocasión de su muerte puede deducirse desde la perspectiva de la función preventiva del Derecho de daños. Desde este punto de vista, señala PINTOS AGER que para prevenir o desincentivar conductas dañosas “*la responsabilidad civil debe imponer a quienes están en mejores condiciones de evitar un accidente, adoptando medidas de precaución y adecuando su nivel de actividad al*

No obstante, hay que tener en cuenta que el art. 130 CC ha sido derogado por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, lo cual no supone la exclusión de la continuidad de los herederos en las acciones entabladas por su causante, pues dicha posibilidad sigue resultando operativa en virtud de la institución de la sucesión procesal por muerte, regulada en el art. 16 de la actual LEC.

²⁷⁶ ROVIRA SUEIRO, M.E., *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Op. cit., pág. 285.

²⁷⁷ De hecho, este argumento basado en la continuidad de la personalidad moral del causante por parte de sus herederos es el más conveniente, a juicio del portugués LEITE DE CAMPOS, para defender la resarcibilidad del daño moral causado a la víctima mortal a causa de su propia muerte. Porque entiende el autor que la defensa de la personalidad jurídica exige una estricta tutela del derecho a la vida, tutela que acarrea la obligación de indemnizar por su lesión, por lo que la protección de ese derecho de la personalidad debe prolongarse, incluso, después de la muerte (LEITE DE CAMPOS, D., “A indemnização do dano da morte”, Op. et loc. cit., págs. 294-297 y “A vida, a morte e a sua indemnização”, Op. et loc. cit., pág. 20).

mínimo coste, la obligación de reparar todo el daño esperado del mismo". Proyectando su argumentación sobre las hipótesis de muerte de la víctima añade que "*el papel de la indemnización en los casos de muerte debe consistir en la asignación de un valor a la vida de la víctima y no limitarse a la reparación del daño causado a quienes convivían con ella. Ello implica la indemnización de todas las partidas de daño, incluido el moral, a fin de que el causante culposo deba enfrentarse a la totalidad del resultado dañoso que ha ocasionado*"²⁷⁸. Reconoce, así, este autor el daño efectivo que la víctima mortal sufre como consecuencia de su propia muerte, de lo que infiere la obligación del responsable de proceder a su indemnización, la cual, por razones obvias, corresponderá a los herederos de aquélla. Sin embargo, esta indemnización, que se transmite *iure hereditatis*, no excluye, ni mucho menos, a juicio del autor, la que pueda corresponder a los allegados del difunto en razón del daño (daño indirecto o mediato) por ellos sufrido.

B) La cuestión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Por lo que se refiere a la cuestión que nos ocupa en el ámbito de la jurisprudencia, hay que decir que la doctrina de las Salas Primera y Segunda del Tribunal Supremo fue, en un primer momento, contradictoria. Así, la Sala de lo Civil negaba la legitimación *ex iure hereditario* de los sucesores de la víctima para reclamar indemnización por los daños morales causados a ésta con motivo de su propia muerte, admitiendo, en cambio, la legitimación *ex iure proprio* de quienes probasen ser perjudicados por la muerte ajena, independientemente, por tanto, de su condición de herederos. Por el contrario, la Sala de lo Penal admitía que los herederos del fallecido reclamasen la indemnización de los daños morales causados a aquél a resultas de su propia muerte con base en un derecho sucesorio transmitido por su causante. Sin embargo, esta doctrina de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo fue abandonada en los comienzos de la década de los setenta para pasar a sostener la tesis de la legitimación *ex iure proprio*, produciéndose así una deseable y necesaria concordancia entre las posiciones de ambas Salas del Alto Tribunal.

Pero veamos, con más detalle, cuál es la doctrina sostenida por la Sala de lo Civil, así como la evolución operada en la Sala de lo Penal de nuestro Tribunal Supremo.

²⁷⁸ PINTOS AGER, J., *Baremos, seguros y Derecho de daños*, Edit. Civitas, Madrid, 2000, págs. 60 y 61.

a) La postura adoptada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo

A diferencia de lo que ocurrió en la Sala de lo Penal, en donde se operó una evolución que supuso un cambio en el modo de tratar los supuestos de responsabilidad civil derivada de la muerte de la víctima inicial, la Sala Primera del Tribunal Supremo asumió desde el principio una postura clara: la de negar la legitimación *ex iure hereditario* de los herederos del fallecido, admitiendo únicamente la legitimación *ex iure proprio* de quienes probasen haber resultado perjudicados a causa de la muerte de la víctima inmediata.

Así se refleja en una gran cantidad de sentencias en las que la Sala Primera del Alto Tribunal expone las distintas razones que le conducen a sostener tal posición. Uno de los fallos más tempranos en los que se manifiesta el parecer de dicha Sala en el tema que nos ocupa data del 20 de diciembre de 1930 (RJ 1365) y se refiere a un supuesto en el que se produjo la muerte instantánea de la víctima. En esta sentencia la Sala puso de manifiesto que la víctima mortal, a consecuencia de su muerte, no pudo adquirir derecho alguno a obtener reparación por los daños sufridos, motivo por el cual tampoco pudo transmitírsele a sus herederos, si bien surgió para su cónyuge e hijos un derecho propio a la reparación de los daños a ellos causados con ocasión de aquella muerte²⁷⁹.

Asimismo, la Sala de lo Civil, con el objeto de reforzar la tesis de que la víctima mortal de un acto lesivo carece, por el hecho mismo de su muerte, de aptitud para adquirir derechos, afirmó en un fallo posterior que *"no ampara el principio según el cual el derecho a exigir indemnización de perjuicios es de índole patrimonial ingresando en el caudal hereditario de la víctima, del que forma parte a los efectos de la transmisión sucesoria"*²⁸⁰.

Otra sentencia importante, puesto que en ella los Magistrados de la Sala concretan los distintos daños que pueden surgir en los supuestos de muerte de la víctima inicial, es

²⁷⁹ Establece literalmente esta sentencia que *"al fallecer instantáneamente no llegó a poseer ni por un instante el derecho a ser indemnizado que se supone transmitió a sus descendientes, sino que con ese acto nació para éstos la acción de indemnización"*, razón por la cual *"no tenían necesidad de justificar su carácter de herederos, que no ostentaron en la demanda, sino solamente el de hijos y cónyuge del difunto, en cuyo carácter les pertenecía el derecho que invocaban"*.

²⁸⁰ STS (Sala 1ª) de 8 de abril de 1936 (RJ 958).

la de 17 de febrero de 1956²⁸¹. En ella se clasifican los daños en función de los sujetos que los sufren. Así, en relación con el difunto se distinguen, por un lado, unos perjuicios de carácter patrimonial, en los que se incluyen *“los gastos de entierro y funeral, que constituyen cargas hereditarias, y, cuando no se trate de muerte instantánea, los de clínica y farmacia, impedimento para el trabajo, etc...”*. El derecho a obtener indemnización por tales daños patrimoniales soportados por el caudal del difunto se transmite a sus herederos. En segundo término, surge en relación con dicho sujeto *“el daño moral, constituido por el dolor psicofísico que la lesión mortal hace sufrir a la víctima, que, aunque compensable también crematísticamente —«pecunia doloris»— en la forma prudencial en que puede serlo, respecto al cual sigue constituyendo aún en la doctrina de la jurisprudencia un problema el de la transmisibilidad de la acción competente a los herederos que, sobre todo, en el supuesto de muerte instantánea de la víctima, no todos admiten”*. Se observan a través de esta declaración las dudas que manifiesta la propia Sala acerca de la transmisión *mortis causa* del derecho a la indemnización del daño moral causado a la víctima del evento mortal.

A continuación, la Sala detalla los daños que pueden recaer sobre otras personas, en concreto, sobre *“los parientes más allegados de la víctima”*, distinguiendo entre unos daños de carácter moral que les causa la muerte de la víctima, al verse *“lesionados en sus afecciones más íntimas y legítimas”*, daños que expresamente se consideran *“indemnizables en dinero”*; y unos daños materiales o económicos, derivados de la privación de los recursos que el fallecido les podía proporcionar. Ambas clases de daños son indemnizables a los perjudicados sin necesidad de que invoquen, ni mucho menos justifiquen, su condición de herederos de la víctima.

En la misma línea argumental de rechazo de la legitimación *ex iure hereditario* se pronuncian otras muchas sentencias dictadas por la Sala Primera, tales como las de 19 de noviembre de 1966 (RJ 5880), 9 de junio de 1969 (RJ 3353), 24 de noviembre de 1970 (RJ 4889), 29 de noviembre de 1976 (RJ 5155), 1 de julio de 1981 (RJ 3037), 4 de mayo de 1983 (RJ 2 622) o, por citar algunas más recientes, las de 24 de noviembre 1998 (RJ 9694), 4 de noviembre de 1999 (RJ 8860), 29 de mayo de 2001 (RJ 3440) o 19 de junio de 2003 (RJ 4244).

²⁸¹ RJ 1103.

b) Evolución operada en la doctrina de la Sala Segunda

En los supuestos de hechos delictivos con resultado de muerte la Sala de lo Penal daba cumplimiento a las consecuencias dimanantes de la responsabilidad civil del agente atribuyendo a los herederos de la víctima, ya fuere a los designados por ésta en testamento, ya a los herederos legales, un derecho a la indemnización de los daños y perjuicios originados por el resultado mortal, derecho que se consideraba proveniente o derivado del causante²⁸². Los argumentos en los que se apoyaba la citada doctrina – presente, entre otras, en las sentencias de 30 de noviembre de 1932 (RJ 2178)²⁸³, 4 de marzo de 1944 (RJ 355)²⁸⁴, 30 de septiembre de 1948²⁸⁵, 5 de junio de 1952²⁸⁶ o 27 de noviembre de 1954²⁸⁷ – eran principalmente dos: a) la consideración de que la vida de las personas tiene un valor *per se*; y b) el tenor literal del art. 105 del Código Penal entonces vigente²⁸⁸.

A finales de la década de los sesenta comienza a apreciarse un cambio de rumbo en la doctrina mantenida por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, la cual comienza a aproximarse a la defendida por la Sala Primera, aproximación que culmina a principios de los años setenta con la plena adopción de la teoría de la legitimación *ex iure proprio*. En esta evolución podemos señalar como sentencia de transición la dictada por la Sala de lo Penal el 24 de febrero de 1968²⁸⁹, puesto que en ella, aun sin abandonar la mencionada doctrina de la legitimación *ex iure hereditario*, se admite ya la legitimación

²⁸² Las razones de esta orientación jurisprudencial, no tienen, a juicio de PANTALEÓN y de YZQUIERDO TOLSADA, un fundamento exclusivamente jurídico, sino que, por el contrario, encuentran una explicación más acertada en el menor trabajo que para los Fiscales que ejercitaban la acción civil suponía aceptar la tesis de la legitimación *ex iure hereditario*, ya que concediendo una indemnización global a quienes fuesen los herederos de la víctima mortal se ahorraban el esfuerzo que suponía el identificar a cada uno de los perjudicados y determinar, además, su respectiva cuantía indemnizatoria. (Vid. PANTALEÓN PRIETO, F., "La indemnización por causa de lesiones o de muerte", *Op. et loc. cit.*, pág. 617 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil...*, *Op. cit.*, pág. 378).

²⁸³ En esta sentencia se califica la pérdida de la vida como "perjuicio irreparable que debe ser objeto de estimación económica y de indemnización a favor de las personas que la ley o la voluntad del interfecto designen como herederos".

²⁸⁴ Señala esta resolución, con base en los mismos argumentos que tantas otras dictadas por la Sala Segunda, que la indemnización se transmite a los herederos, incluso, "aunque éste fuera el Estado".

²⁸⁵ RJ 1147.

²⁸⁶ RJ 1084.

²⁸⁷ RJ 2716.

²⁸⁸ Señalaba este precepto incluido en el CP, pero considerado norma civil, lo siguiente: "La obligación de restituir, reparar el daño e indemnizar los perjuicios se transmite a los herederos del responsable. La acción para repetir la restitución, reparación e indemnización se transmite igualmente a los herederos del perjudicado".

²⁸⁹ RJ 1044.

de otras personas, sean o no herederos, por los daños a ellas causados como consecuencia de la muerte de la víctima inicial²⁹⁰.

Ahora bien, la primera sentencia de la Sala Segunda en la que se acoge exclusivamente la tesis de la legitimación *ex iure proprio* dejando atrás la doctrina de la transmisibilidad *mortis causa* del derecho de indemnización del daño moral surgido a favor de la víctima inicial es la de 19 de diciembre de 1969²⁹¹. Leyendo este fallo puede apreciarse que todavía la Sala no tenía muy clara la distinción entre herederos y perjudicados, ya que refiriéndose a un derecho propio que correspondería, sin duda, a los perjudicados, fuesen o no herederos, lo atribuye, sin embargo, a los “herederos o causahabientes”²⁹². Pero esta confusión fue superada a medida que se consolidaba en la doctrina de esta Sala la teoría de la legitimación *ex iure proprio*. Así, ya en sentencia de 16 de marzo de 1971²⁹³ se distinguen perfectamente los conceptos de perjudicado y heredero: “remite el concepto indemnización a la noción de perjuicio de la que son titulares los perjudicados, que si bien de ordinario son los herederos no es rigurosamente imposible el supuesto de que determinados herederos no resulten perjudicados por la muerte de su causante hereditario, siendo distinto el concepto hereditario del de perjudicado por el delito”. A partir de aquí, la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo no difiere de la de la Sala Primera, pues adopta, no sólo la misma solución, sino también, como es lógico, los mismos argumentos que los

²⁹⁰ Declara esta STS (Sala 2ª) de 24 de febrero de 1968 que “el criterio reiteradamente expuesto por esta Sala (...) en orden a la determinación del sujeto perceptor de estas indemnizaciones (...) es doctrina constante la de que corresponden a los herederos de la víctima, a quienes se transmite la acción de acuerdo con lo previsto en el párrafo 2º del art. 105 del Código Penal, transmisibilidad de aquel derecho a la indemnización debida a favor de los herederos por su simple condición de tales, y sin necesidad de otra prueba alguna, bien que sin perjuicio de que esas mismas u otras personas pueden ser también titulares de una pretensión de resarcimiento por daños y perjuicios ocasionados con la muerte de la víctima, con independencia y al margen de la concurrencia o no calidad de herederos, pero sometida entonces a la necesaria prueba.”

²⁹¹ RJ 5972.

²⁹² Dice esta sentencia que “importa fijar la clase de derecho que con la muerte instantánea del interfecto surgió en el mismo momento a favor de los herederos o causahabientes y que no puede considerarse que se trate de un derecho hereditario o de herencia, porque la responsabilidad civil derivada de delito en forma de indemnización de perjuicios a los derechohabientes de la víctima, no es herencia del mismo como derecho correspondiente a dicha víctima, pues no estaba ni podía formar parte de su patrimonio, ya que se originó por su propia muerte, y lo que tenía es derecho a vivir, y se compensa con la indemnización a sus herederos del daño material y moral que la extinción de esa vida les ocasiona; es decir, que lo que surge a favor de los sucesores del interfecto es un derecho de crédito personal”

²⁹³ RJ 943.

empleados por ésta²⁹⁴, argumentos que se repiten en todos los fallos emitidos hasta la actualidad²⁹⁵.

Aun cuando la unificación de la doctrina de ambas Salas del Alto Tribunal aparecía como una necesidad a fin de evitar resoluciones distintas según que el hecho productor de la muerte fuese un acto ilícito civil o uno penal, lo cierto es que el abandono de la teoría de la legitimación *ex iure hereditario* por parte de la Sala Segunda ha recibido las críticas de algunos autores partidarios de la misma. Es el caso de VICENTE DOMINGO, quien entiende que sería más coherente con el art. 105 CP anterior (vigente en el momento de formular su opinión) el mantenimiento de la citada legitimación a favor de los herederos de la víctima y añade, además, otras razones, ya tratadas en estas páginas, en las que apoyar su defensa de la legitimación *ex iure hereditario*²⁹⁶. También YZQUIERDO TOLSADA, aun felicitándose de que el cambio en la jurisprudencia penal haya implicado la correcta distinción entre los conceptos de heredero y perjudicado, considera un desacierto el abandono de la tesis de la legitimación *ex iure hereditario*, puesto que, a su juicio, no sólo se hereda el derecho a exigir los gastos clínicos o los de entierro y funeral²⁹⁷, sino también el derecho a la reparación de los daños consistentes en la pérdida de la propia vida. Y para acoger esta última afirmación no constituye un obstáculo el hecho de que el vigente CP de 1995 no contenga un precepto similar al art. 105.2 previsto en el Código anterior, porque la transmisibilidad *mortis causa* del derecho a la reparación del daño moral ocasionado con motivo de la

²⁹⁴ Así lo pone de manifiesto la STS (Sala 2ª) de 31 de mayo de 1972 (RJ 2787) en la que, siguiendo la doctrina aportada por la Sala Primera se niega el nacimiento a favor de la víctima inicial de cualquier derecho a la reparación y, por consiguiente, la transmisibilidad de tal derecho a sus herederos. En este sentido, dice el fallo que no surge "ningún derecho sucesorio a favor de los herederos de la víctima, por la concluyente razón de que no habiendo consolidado ésta en su propia cabeza, derecho patrimonial alguno, naciendo precisamente en estos supuestos, a causa de su muerte y a raíz de ella, no llegó a formar parte del acervo hereditario, por lo que mal podría transmitir a sus herederos lo que nunca llegó a adquirir y hacer suyo, lo que lleva a la conclusión de que la pretensión indemnizatoria, en estos casos, surge directamente para tales herederos, familiares por lo común, como derecho originario y propio, por razón exclusiva de los perjuicios materiales o morales que el delito les hubiera irrogado."

²⁹⁵ Vid., SSTS (Sala 2ª) de 16 de enero de 1975 (RJ 129), 13 de junio de 1981 (RJ 2652), 25 de junio de 1983 (RJ 3587) 20 de octubre de 1986 (RJ 5702) y las más recientes de 14 de julio de 2000 (RJ 7255), 3 de junio de 2002 (RJ 6457), 12 de febrero de 2003 (RJ 2491) o 27 de noviembre de 2003 (RJ 8852).

²⁹⁶ Así, junto al argumento del tenor literal del art. 105 CP anterior, fundamenta la adopción de su tesis en una serie de argumentos que desvirtúan los empleados por la jurisprudencia en defensa de la legitimación *iure proprio*. En tal sentido, esta autora niega la existencia de la muerte instantánea, considera que la muerte es un daño reparable que la persona que la sufre padece en vida y entiende que el derecho al resarcimiento del mismo ingresa en su patrimonio y, por ser de naturaleza patrimonial, se transmite *mortis causa* a sus herederos. (VICENTE DOMINGO, E., *Los daños corporales: tipología y valoración*, Op. cit., págs. 243-245)

²⁹⁷ Como acertadamente señaló la ya citada STS (Sala 1ª) de 17 de febrero de 1957 (RJ 1103).

propia muerte puede y debe aceptarse sin necesidad de un precepto expreso que la declare, sino simplemente con base en las normas de Derecho de Sucesiones contenidas en el CC, básicamente en el art. 659²⁹⁸.

C) Nuestra conclusión

Por todo lo expuesto hasta el momento y habiendo adelantado nuestra postura favorable a la transmisibilidad *mortis causa* del derecho a la reparación del daño moral padecido por la víctima inicial con motivo de la pérdida de su vida, hemos de concluir que en los supuestos que nos ocupan, esto es, en los casos en los que, con motivo de un hecho ilícito ajeno, civil o penal, tiene lugar la muerte del directamente perjudicado, la responsabilidad civil extracontractual que surge a cargo del agente y en virtud de la cual queda éste obligado a reparar los perjuicios causados, se actúa a través de la concurrencia de dos tipos de acciones²⁹⁹:

a) La acción de reclamación de los daños materiales y morales causados a los perjudicados indirectos a causa de la muerte de la víctima: Esta acción surge como consecuencia del nacimiento de un derecho originario a favor de todas aquellas personas que prueben haber sufrido un perjuicio causalmente conectado con el fallecimiento de otro sujeto. Se trata, en definitiva, de la legitimación *ex iure proprio*, es decir, de la legitimación admitida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en los casos de muerte de la víctima directa.

b) La acción para reclamar la reparación de los perjuicios morales que a la propia víctima mortal le causa la privación de su vida: Esta acción trae causa del derecho de reparación del daño que ingresa en el patrimonio del difunto en el mismo momento en que dicho daño se presenta como cierto y que, por ser un derecho de contenido patrimonial, se transmite a los herederos del difunto. Por esta razón, la legitimación de éstos para reclamar la correspondiente indemnización se produce, en este caso, *ex iure hereditario*, lo que supone que no surge a favor de los herederos un derecho nuevo a la

²⁹⁸ YZQUIERDO TOLSADA, M., en *Aspectos civiles...*, *Op. cit.*, pág. 136 y, de nuevo, en *Sistema de responsabilidad...*, *Op. cit.*, págs. 378-379.

²⁹⁹ Acciones que, como señala el italiano MONTEL, son completamente independientes la una de la otra (MONTEL, A., "La legittimazione attiva nell'azione di risarcimento per la morte di una persona", *Op. et loc. cit.*, pág. 134).

reparación, sino que, por el contrario, los mismos suceden a su causante en el ejercicio de un derecho ya nacido en el patrimonio de éste.

Aunque no necesariamente ha de ser así, en muchas ocasiones ambas acciones, *ex iure proprio* y *ex iure hereditario*, corresponderán a las mismas personas, ya que es frecuente que quienes resulten perjudicados en sus propios intereses por la muerte de la víctima (hijos, padres,...) ostenten, a la vez, la condición legal de herederos. Pero siempre que esto ocurra habrá de diferenciarse claramente la acción que se ejercita *ex iure proprio* de la que se acciona *ex iure hereditario*, porque una y otra están sometidas a distinto régimen jurídico. Así, mientras que para que la primera prospere se requiere la prueba efectiva del daño sufrido, para el éxito de la segunda no es preciso probar daño alguno, sino únicamente acreditar la condición de heredero del fallecido. Y, del mismo modo, mientras que la suma obtenida en concepto de indemnización *ex iure proprio* no resultará afectada por las posibles pretensiones de los acreedores del difunto, la cantidad resultante de la pretensión ejercitada *ex iure hereditario* en concepto de daño moral padecido por la víctima mortal sí quedará sujeta a las reclamaciones de los acreedores de esta última³⁰⁰.

Es cierto que algún autor³⁰¹ ha vertido críticas contra esta tesis de la doble legitimación de herederos y perjudicados³⁰², con base en la indeseable multiplicación de

³⁰⁰ Estas diferencias de régimen jurídico entre una y otra acción fueron puestas de manifiesto ya en los años 30 por el italiano MONTEL, A., "La legittimazione attiva nell'azione di risarcimento per la morte di una persona", *Op. et loc. cit.*, págs. 107-108.

³⁰¹ GARCÍA SERRANO, F., "El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil", *Op. et loc. cit.*, pág. 848.

³⁰² Tesis compartida, expresa o implícitamente, por todos aquellos autores que admiten la legitimación *ex iure hereditario*, ya que ninguno de ellos niega la posibilidad de reparar los daños causados a aquellas otras personas que, por mantener con el difunto una relación de afecto o de dependencia económica, resultan perjudicadas moral o materialmente a consecuencia de la muerte de la víctima inicial.

De forma expresa acogen la tesis de la doble legitimación DE CUPIS, A., *El daño*, *Op. cit.*, pág. 666; SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil...*, *Op. cit.*, pág. 363 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad...*, *Op. cit.*, pág. 379. Implícitamente, lo hacen SCOGNAMIGLIO, R., "Il danno morale", *Op. et loc. cit.*; MAZEAUD, H., L. Y J., *Lecciones de Derecho Civil*, *Op. cit.*; VICENTE DOMINGO, E., *Los daños corporales: tipología y valoración*, *Op. cit.*; LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, *Op. cit.* y PINTOS AGER, J., *Baremos, seguros y Derecho de daños*, *Op. cit.*

De forma excepcional, aunque justificando su postura, negó la legitimación *ex iure proprio*, admitiendo únicamente la de los herederos del difunto, DE CASTRO. Pero lo que critica este autor es la negación por parte de la doctrina francesa e italiana de la legitimación *ex iure hereditario* y su admisión de la legitimación *ex iure proprio* de familiares y terceros, pues considera que si esta última se deriva directamente de la doctrina general del daño, la misma debería tener lugar, no sólo en el supuesto de muerte de la víctima inmediata, sino también en cualquier otra hipótesis de daño y, sin embargo, no

indemnizaciones que la misma conllevaría y que produciría una elevación importante en las cuantías a satisfacer por el responsable. Sin embargo, a nuestro modo de ver y en coherencia con la finalidad esencialmente reparadora de la responsabilidad civil extracontractual —así como con la secundaria, aunque igualmente importante, función preventiva de la misma—, esta multiplicación de indemnizaciones no opera a modo de castigo aleccionador para el culpable, sino que se limita, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1902 del CC español, a reparar el daño causado, constituido, en ciertos supuestos de muerte de la víctima directa, por una pluralidad de perjuicios proyectados hacia personas diversas. Y ello es debido a que la privación de la vida ocasiona un daño, el más importante de todos, a quien muere, pero también, en muchas ocasiones, produce otros graves perjuicios patrimoniales y morales a quienes quedan con vida, siendo necesario que el responsable de tales daños asuma las consecuencias de su actuación en relación con todos y cada uno de los perjudicados, por muy gravoso que ello le resulte³⁰³.

Y, por esta razón, no nos parece aceptable la solución propuesta por VICENTE DOMINGO ante la crítica expuesta, solución que se dirige a reducir la inflación en las cuantías indemnizatorias manteniendo, al tiempo, la duplicidad de los títulos legitimadores para el ejercicio de la acción de daños (*iure proprio* y *iure hereditario*). Esa solución consiste en atribuir al *pretium mortis* un valor convencional e igual para todas las víctimas, valor que “no debe necesariamente ser de cuantía importante”, reduciéndose, incluso, a “un importe meramente simbólico”³⁰⁴. Sin embargo, tal

ocurre así. Asimismo, entiende que la doctrina del derecho propio conduce a resultados injustos, porque conforme a ella, “si una persona es matada dejando sólo parientes lejanos, el autor no deberá indemnización alguna, y si, al contrario, sólo lo lisa, incapacitándolo para trabajar, deberá abonarle una renta importante”. (DE CASTRO Y BRAVO, F., “La indemnización por causa de muerte”, *Op. et loc. cit.*, págs 486-487).

En definitiva, la crítica vertida por este autor tiene lugar en un momento en que la doctrina de los perjuicios indirectos o mediatos estaba todavía en fase de desarrollo en Francia e Italia. Sin embargo, la negación de esa legitimación *ex iure proprio* debe considerarse superada en la actualidad al realizarse una interpretación extensiva del art. 1902 del CC, de tal modo que en la obligación de reparación se entienden comprendidos, no sólo los daños causados a la víctima directa, sino también los irrogados a otras personas ligadas a ésta por especiales vínculos de dependencia, ya sea económica o afectiva y ello, tanto en supuestos de muerte, como de lesiones de la víctima inicial, si bien es cierto que, según la jurisprudencia, tales lesiones han de ser de una considerable entidad. Sobre este último supuesto de lesiones, *vid.* SSTs de 9 de febrero de 1988 (RJ 771) y de 30 de julio de 1991 (RJ 5435).

³⁰³ Esta idea es compartida por BORDON y PALISI, quienes niegan también la tesis de la indebida duplicación de indemnizaciones (BORDON, R. y PALISI, M., *Il danno da morte*, *Op. cit.*, pág. 261).

³⁰⁴ VICENTE DOMINGO, E., *Los daños corporales: tipología y valoración*, *Op. cit.*, pág. 248. Comparte la misma opinión en relación al *pretium mortis* IGLESIAS REDONDO, J.I., “Algunas reflexiones sobre la nueva Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor”, *Actualidad Civil Aranzadi*, 1996-4, pág. 997.

solución, que suscitaría, además, otras cuestiones importantes —como la de determinar si también el daño moral que sufren en su propia persona los allegados de la víctima con ocasión de su muerte debe ser valorado en una cantidad igual para todos o si tal solución debe extenderse, incluso, a la totalidad de los daños no patrimoniales, no sólo a los surgidos por causa de muerte— no es coherente con la consecuencia que se deriva de la existencia de responsabilidad civil, que no es otra que la obligación del responsable de reparar todo el daño causado con su conducta ilícita y que supone, además, que dicho daño debe apreciarse y determinarse atendiendo a las circunstancias concretas del perjudicado o perjudicados. Es decir, que a la hora de valorar el daño causado y, en concreto, a la hora de valorar el daño por pérdida de la vida, deben tomarse en consideración ciertas circunstancias concurrentes en la víctima mortal, tales como su edad, calidad de vida, circunstancias familiares, etc. Todo lo cual se opone a la atribución de un valor convencional e igual para el *pretium mortis* que, bien al contrario, puede variar en función de las expresadas circunstancias subjetivas³⁰⁵. Y, por otra parte, la reducción de las cuantías destinadas a compensar la pérdida de la vida a un importe meramente simbólico entraría, a nuestro juicio, en contradicción con el valor supremo que indudablemente tiene el bien vida. Por esta razón, entendemos con LEITE DE CAMPOS, que, en la medida en que la destrucción de la vida comprende la destrucción de todos los demás bienes de la personalidad, el montante de su indemnización debe ser superior a la suma de los montantes de todos los otros daños posibles, es decir, la indemnización del daño de muerte debe ser fijada en un nivel superior a la de los otros perjuicios³⁰⁶.

Todavía existe un segundo argumento contrario a la teoría de la doble legitimación que tratamos de defender: el que alude al absurdo de que, en defecto de designación

³⁰⁵ Evidentemente, no será igual el daño moral de la víctima mortal si se trata de una persona joven, con toda la vida por delante, que si se trata de una persona mayor, ni se puede valorar del mismo modo la vida de quien no tenía problemas de salud que la de aquél que la tenía gravemente comprometida y, del mismo modo, creemos que no será igual el daño moral de quien tenía personas a su cargo que el de quien no las tenía.

En contra de nuestra postura y de acuerdo con la solución propuesta por VICENTE DOMINGO parece haberse pronunciado la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en sentencia de 19 de octubre de 2002 (RJ 9700), cuando afirmó en el F.J. 5º que “No es desproporcionado establecer que el daño y sufrimiento moral por la muerte de un hijo y hermano, independientemente de detalles concretos de cada caso, debe ser objeto de igual indemnización”.

³⁰⁶ Para ello, señala el autor que el análisis de la jurisprudencia permitirá fijar el montante medio de la indemnización que es o sería concedida en caso de invalidez total, para a continuación fijar la indemnización por el daño de muerte en un nivel superior (LEITE DE CAMPOS, D., “A vida, a morte e a sua indemnização”, *Op. et loc. cit.*, págs. 15 y 16).

testamentaria de los sucesores del difunto, así como en defecto de herederos legales de grado próximo a él, puedan reclamar la indemnización de los perjuicios morales sufridos por éste parientes que apenas tenían relación con la víctima o, incluso, el Estado³⁰⁷.

Pues bien, frente a esta última crítica, debemos decir que hay que tener en cuenta que, aunque los herederos sucedan al fallecido en el derecho a la indemnización de los daños morales por él padecidos, tal indemnización no es percibida por ellos de forma automática, sino que, por el contrario, es preciso que entablen la correspondiente acción de daños y perjuicios. Así las cosas, en estas hipótesis y, sobre todo, en el supuesto de que tales herederos sean parientes lejanos del difunto y, con más razón si cabe, cuando el único llamado a suceder sea el Estado, el ejercicio de tal acción no siempre tendrá lugar, pues se trata de una decisión que depende de la voluntad e, incluso, de la moralidad de los sujetos a tal fin legitimados.

Pero, además, debemos afirmar que, en todo caso, sea cual fuere la motivación que les lleve a entablar la acción de daños heredada de su causante —esto es, tanto si la razón última se halla en un sentimiento de dolor o vacío por la muerte de aquél o en un deseo de venganza, como si se encuentra en la mera ansia o deseo de enriquecimiento—, el ejercicio de la acción habrá de estimarse lícito en el plano jurídico, pues encuentra su causa o fundamento en un derecho adquirido por sucesión *mortis causa*.

³⁰⁷ La crítica la formula en términos explícitos YZQUIERDO TOLSADA, que afirma que “*el panorama es curioso: ¿y si no hay más herederos que un colateral del cuarto grado que llevaba más de diez años sin ver al ahora fallecido? (...) ¿Y si, no existiendo personas llamadas a la sucesión intestada con arreglo a los arts. 930 y ss., resulta ser el Estado el llamado a heredar (art. 956)? No creo yo que el Estado nos ame tanto como para considerarse perjudicado por nuestra muerte*” (YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad...*, Op. cit., pág. 378 y “La responsabilidad civil ante el nuevo milenio: algunas preguntas para el debate”, en DE ÁNGEL YAGÚEZ, R. e YZQUIERDO TOLSADA, M. (Coords.), *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al Profesor Roberto López Cabana*, Edit. Ciudad Argentina-Dykinson, Madrid, 2001, pág. 251).

Frente a este criterio, en cambio, REGLERO CAMPOS afirmó que, “*en caso de muerte, siempre hay, al menos, un perjudicado, la propia víctima, y un heredero, el Estado, sin que nadie deba rasgarse las vestiduras por esta última afirmación*” (REGLERO CAMPOS, F., *Accidentes de circulación: responsabilidad civil y seguro*, Prólogo de RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Edit. Ces, Madrid, 1990, pág. 402). Este autor nos ofrece la clave para aceptar que el Estado pueda percibir indemnización por la muerte de una persona, pues, a diferencia de los autores contrarios a dicha posibilidad, que siguen viendo la indemnización desde el punto de vista de la legitimación *ex iure proprio* y, por ello, les extraña que el Estado pueda ser perjudicado por el fallecimiento de alguien, el autor citado deja claro que el Estado percibe la indemnización en su condición de heredero, condición ésta totalmente ajena a la de perjudicado.

Incluso, aunque en una sola ocasión, la Sala 2ª del TS, en sentencia de 4 de marzo de 1944 (RJ 355), aceptó la indemnización concedida a favor del Estado, como heredero *ab intestato* del fallecido, en defecto de otros herederos legales.

De hecho, debe destacarse que la consecuencia criticada (que la indemnización por muerte de la víctima vaya a parar a manos de parientes que tenían escasa relación con ella) puede derivarse igualmente de otros sistemas que, lejos de reconocer legitimación a los herederos de la víctima para solicitar la indemnización del daño moral por ésta padecido, establecen listas o catálogos de los sujetos que se consideran perjudicados por su muerte y que, en virtud de ello, pueden beneficiarse de la indemnización correspondiente. En estos supuestos, de los que es claro exponente el «Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación», introducido por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, se atribuye por ley la condición de perjudicados o beneficiarios de la indemnización derivada del fallecimiento de la víctima inicial a una serie de parientes de ésta, con independencia de que mantuvieran con la misma una relación afectiva real³⁰⁸.

Por ello, si se acepta la solución prevista en estas últimas hipótesis, ¿por qué habrá de plantear problemas la misma consecuencia cuando la legitimación de esos parientes derive de las reglas generales del Derecho Sucesorio?

II. DAÑOS PRESENTES Y FUTUROS

La clasificación de los daños en presentes y futuros se lleva a cabo teniendo en cuenta el momento en el que se manifiestan las consecuencias dañosas que derivan de la conducta del responsable. De esta manera, se suele considerar que estamos en presencia de un daño presente o actual siempre que el perjuicio se haya materializado o producido antes de que tenga lugar la resolución (judicial o convencional) del litigio suscitado como consecuencia de la actuación del responsable. En cambio, se habla de daño futuro cuando el mismo no se ha producido todavía en ese momento y, sin embargo, existe

³⁰⁸ Así lo puso de manifiesto PANTALEÓN, en relación con el Sistema de valoración citado, cuando afirmó lo siguiente: *"Es sencillamente obvio, sin embargo, que un hijo que no haya tenido en muchos años relación familiar alguna con su padre, por existir entre ambos un odio muy profundo, no sufrirá daño moral alguno por la muerte de su progenitor; y lo que es incomprensible es que el sistema de valoración proyectado imponga indemnizar al hijo (...)"* (PANTALEÓN PRIETO, F., "Indemnizaciones tasadas, subvenciones indirectas: la valoración de los daños personales en el Proyecto de Ley de Supervisión de los Seguros Privados", *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, junio 1995, pág. 390).

certeza acerca de su producción *a posteriori*. Es decir, el momento que los autores toman como punto de referencia en orden a la distinción entre daños presentes y futuros es aquél que pone fin al litigio entablado, esto es, aquél en el que se resuelve o decide sobre la existencia o inexistencia de responsabilidad civil a cargo del dañador³⁰⁹.

Frente a esta opinión doctrinal generalizada nosotros creemos, sin embargo, que la calificación de un daño como presente o como futuro debe estar en relación con las posibilidades del demandante de introducir daños en el litigio y, por tanto, en relación con las posibilidades de alegación, petición y prueba que se abren para el actor en el curso del proceso civil. Esta afirmación nos obliga a analizar, ya sea de manera superficial, la regulación que en torno a tales extremos lleva a cabo la LEC 1/2000.

Pues bien, de acuerdo con el art. 399 de esta Ley, las alegaciones y peticiones, en el juicio ordinario, habrán de realizarse en la demanda, si bien el artículo siguiente precisa que ello “*se entenderá sin perjuicio de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia permitidas en esta Ley en momentos posteriores a la demanda y a la contestación*”. Este último precepto nos remite, en consecuencia, al art. 426 de la Ley procesal civil, cuyo mismo título, “*Alegaciones complementarias y aclaratorias. Pretensiones complementarias. Hechos acaecidos o conocidos con posterioridad a la demanda y la contestación. Presentación de documentos sobre dichos extremos*”, es significativo por sí solo de la materia que regula, la cual tiene por objeto permitir la aportación por los litigantes de cualquiera de los extremos enunciados (alegaciones, pretensiones, hechos o documentos) en el acto de audiencia previa al juicio. No obstante, a partir de ese momento sí deviene totalmente imposible la formulación de nuevas alegaciones o pretensiones.

³⁰⁹ Ese momento de la resolución del litigio como criterio decisivo para diferenciar los daños presentes y los futuros es adoptado en nuestra doctrina por YZQUIERDO TOLSADA, M., en *Sistema de responsabilidad...*, *Op. cit.*, pág. 148. En la doctrina italiana son de la misma opinión DE CUPIS, A., *El daño*, *Op. cit.*, pág. 321, y BUSNELLI, F.D. y PATTI, S., *Danno e responsabilità civile*, *Op. cit.*, pág. 34.

El argentino MOISSET DE ESPANES, en cambio, acoge como momento para valorar la actualidad o futuridad de los daños, no la demanda o la sentencia, sino “*el litigio en su totalidad, desde la demanda hasta la decisión definitiva del juez o Tribunal*”, pues “*esa actividad que requiere el litigio (...) debe conceptuarse idealmente como un instante único*” (MOISSET DE ESPANES, L., “Reflexiones sobre el «daño actual» y el «daño futuro», con relación al «daño emergente» y al «lucro cesante»”, *Op. et loc. cit.*, pág. 199). A nuestro juicio, la postura de este autor no difiere para nada de aquella otra que toma como punto de referencia el momento de la resolución, ya que según esta última, los daños que se hayan producido durante el devenir del litigio (supongamos un daño no acreditado en la demanda, pero sí en otro momento procesal oportuno posterior, por tanto, antes de la resolución que le pone fin) se considerarán igualmente daños presentes, siempre y cuando sean ciertos y se encuentren debidamente probados. Por ello, nos parece que la postura de este autor peca de una artificialidad innecesaria.

Así pues, a la vista de la regulación del proceso civil contenida en la LEC, hemos de concluir que aquellos daños cuya reparación se solicita y que, bien en el momento de presentar la demanda, o bien en el acto de audiencia previa, se hayan materializado ya de manera efectiva merecerán la calificación, a efectos teóricos, de daños presentes. La consecuencia práctica que resulta de dicha calificación es que estos daños han de ser probados en la fase correspondiente, tanto por lo que se refiere a su existencia, como a su cuantía.

Por el contrario, aquellos otros perjuicios cuya reparación se ha solicitado por existir certeza acerca de su materialización, pero que no se han hecho efectivos en ninguno de los momentos anteriores, sino que concurrirán con posterioridad a los mismos, ya sea en el curso del litigio o después de recaída sentencia, serán considerados como daños futuros. En relación con estos perjuicios habrán de aportarse en los momentos procesales oportunos los datos, alegaciones o documentos que permitan apreciar la certeza de su efectiva realización futura³¹⁰.

Es preciso destacar que, en coherencia con el requisito de la certeza del daño resarcible, tanto los perjuicios presentes como los futuros han de revestir dicha nota, pues solamente en tal caso podrán ser objetos de reparación. Esta circunstancia exige la prueba, por parte del demandante, de que el daño es cierto, tanto en su existencia, como en su cuantía³¹¹.

Ahora bien, esta nota de la certeza podría vislumbrarse como incompatible con unos daños cuya concreción se hace esperar hasta un momento futuro. Pero si así se considerase y se excluyese, por ello, la exigencia de certeza, se estaría dando pie a demandas de reparación de daños futuros infundadas, por cuanto que, de tal manera, podría obtenerse reparación por daños meramente eventuales o contingentes, esto es, inseguros. Precisamente para evitar esta circunstancia se exige la nota de la certeza

³¹⁰ Pensemos, por ejemplo, en la víctima de un accidente que, como consecuencia del mismo, ha sufrido una paraplejía que le obligará a llevar a cabo obras de adaptación en su vivienda habitual. Aunque esas obras no se hayan realizado todavía en el momento en que se reclama la reparación de los daños, no ofrece dudas la efectividad que ese daño patrimonial va a alcanzar en un futuro más o menos próximo, por lo que el órgano judicial habrá de tenerlo en cuenta a la hora de fijar la indemnización que el responsable deberá satisfacer al perjudicado en ese concepto.

³¹¹ Sobre la justificación de la necesidad de prueba relativa a esos dos extremos *Vid. supra*, Capítulo I: II, 2, 2.4 (Certeza).

también en los daños futuros, nota cuya concurrencia, en términos absolutos, habrá de ser apreciada por el juez o Tribunal con base en los conocimientos del caso, en los datos aportados por el actor y en las reglas de la experiencia común³¹².

Así las cosas, cuando resulte cierta o segura la producción futura de un daño que tenga su causa en un hecho generador de responsabilidad civil ya acreditado, habrá de acordarse su reparación, sin que sea necesario entablar un juicio posterior al ya planteado, pues, como señaló la Cámara Nacional Federal de Argentina en sentencia de 1 de marzo de 1967³¹³, *"desde el momento en que el juez tiene la certidumbre de que se sufrirá un perjuicio, sería absurdo obligar a retardar una acción que se deberá admitir más adelante"*³¹⁴. Por el contrario, cuando exista una mera posibilidad de materialización de un daño futuro, faltando el requisito de la certeza, no será posible acordar su reparación en el litigio en curso, aunque ello no obstará para que, concretado con posterioridad el daño que en el momento de formular las pretensiones parecía simplemente eventual, quepa recabar su reparación mediante el planteamiento de un nuevo proceso.

Es precisamente por esta razón que, a nuestro modo de ver, la clase de certeza que debe exigirse para la apreciación de los daños futuros no es una certeza relativa, como la que se requiere para apreciar el lucro cesante, sino una certeza igual que la exigida con relación a los daños presentes. Y ello porque de existir dudas acerca de la producción de ese daño siempre subsistirá la posibilidad de solicitar su reparación *a posteriori*, una vez que se haya materializado efectivamente y sea, en consecuencia, cierto³¹⁵.

³¹² A esa necesidad de certeza absoluta en la apreciación de los daños futuros nos hemos referido ya en el Capítulo I de este trabajo: II, 2, 2.4, 2.4.1 (Certeza en torno a su existencia).

³¹³ Citada por YZQUIERDO TOLSADA, M. en *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Vol. I, Edit. Reus, Madrid, 1993, pág. 184.

³¹⁴ En relación con esta afirmación podemos citar un pasaje contenido en la STS de la Sala 1ª de 28 de abril de 1992 (RJ 4466) que, ante el intento del Ayuntamiento demandado de limitar la indemnización de daños y perjuicios a los producidos hasta el momento de la interposición de la demanda, afirma que *"acreditado en autos el daño causado, ese principio de indemnidad que rige esta materia, exige el restablecimiento del patrimonio del perjudicado al estado que tendría antes de producirse el daño, sin que pueda limitarse el resarcimiento al tiempo de la presentación de la demanda pues subsistiendo la causa productora del daño hasta tanto no se restablezca la configuración del terreno a su estado anterior, es claro que continúa la lesión al patrimonio del actor recurrente que, por ello, debe ser resarcido totalmente; otra cosa, obligaría al actor a iniciar un nuevo procedimiento para reclamar la indemnización por los perjuicios producidos desde la interposición de la demanda hasta aquella restauración del terreno que hiciese cesar la causa productora del daño o perjuicio, con inaceptable transgresión del principio de economía procesal"*.

³¹⁵ Las afirmaciones precedentes se ponen en relación con otra clasificación de los daños y perjuicios a la que aluden algunos autores y que tiene relevancia a los efectos de determinar el momento

En conclusión, no puede relajarse la exigencia de certeza cuando de daños futuros se trate, aun cuando su determinación exija una cierta reconstrucción de los hechos que han de acontecer, pues esa reconstrucción estará basada, en la mayor parte de los casos, en la circunstancia de que tales perjuicios constituyen una consecuencia o derivación lógica del hecho dañoso, siendo así cierta su futura producción.

III. DAÑOS DIRECTOS E INDIRECTOS

Bajo esta denominación hacemos referencia a una clasificación de los daños y perjuicios que se realiza en función de las personas que los sufren. De este modo, el daño directo es el padecido de forma inmediata por la víctima del hecho dañoso, por aquel sujeto que, como consecuencia de este hecho, sufre directamente una lesión en su persona o en sus bienes. Siguiendo el mismo razonamiento, es daño indirecto el que, teniendo como causa el mismo hecho dañoso que perjudica a la víctima inicial, repercute de forma mediata sobre una persona distinta de ésta, es decir, sobre un tercero³¹⁶. Esta última categoría de los daños indirectos o mediatos se corresponde con

de inicio del cómputo de la prescripción de la acción de responsabilidad, por lo que a esos efectos suele tratarse. Nos referimos a la clasificación que distingue entre daños continuados y daños sobrevenidos. Pueden definirse los primeros como aquellos perjuicios que aparecen como prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual. En cambio, son daños sobrevenidos aquellos otros perjuicios nuevos que, siendo igualmente consecuencia directa del evento dañoso primitivo, es decir, guardando con éste relación de causa a efecto, no han podido ser tenidos en cuenta por la resolución que pone fin al litigio, por manifestarse con posterioridad a ésta o —añadiremos nosotros— con posterioridad a las posibilidades que se ofrecen al actor en el curso del proceso civil para formular alegaciones y pretensiones. Se puede ver esta clasificación en DE ÁNGEL, *Tratado de responsabilidad civil*, Op. cit., págs. 945-950; ROCA TRÍAS, E., *Derecho de daños. Textos y materiales*, Op. cit., pág. 126 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad...*, Op. cit., pág. 148-149. Este último autor ofrece sendos ejemplos de una y otra clase de perjuicios que ayudan a comprender la realidad a la que aluden unos y otros. Más en concreto, son importantes porque ayudan a comprender porqué, si nos situamos en el momento del juicio actual, en los daños continuados cabe apreciar la concurrencia del requisito de la certeza y, por el contrario, no ocurre lo mismo con respecto a los daños sobrevenidos.

³¹⁶ Es preciso aclarar que, si bien nosotros empleamos esta denominación de daños directos e indirectos para clasificar los daños en función de las personas a las que afectan, hay otros autores que, con los mismos términos, hacen referencia a una clasificación distinta, concretamente, a la que diferencia los perjuicios desde el plano de los efectos o consecuencias del hecho dañoso. Así, de acuerdo con esta segunda perspectiva, serán directos los daños que son consecuencia inmediata de la actuación del agente, mientras que serán indirectos aquéllos otros que constituyan una consecuencia mediata o remota de dicha actuación.

Se refiere a esta segunda clasificación YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad...*, Op. cit., pág. 149.

Por su parte, el portugués ANTUNES VARELA alude expresamente a las dos clasificaciones que se pueden entender comprendidas en la distinción entre daños directos e indirectos (ANTUNES VARELA, J., *Das obrigações em geral*, Op. cit., pág. 595-596).

lo que la doctrina francesa ha denominado «*dommage par ricochet*» o, en su expresión española equivalente, daños por rebote o por carambola³¹⁷.

La nota que caracteriza a este último tipo de daños es precisamente su carácter reflejo, esto es, el hecho de encontrar su causa generadora en el perjuicio irrogado a otra persona, de modo tal que si este último perjuicio no existiese, no existirían tampoco los daños «*par ricochet*». Por ello, podemos decir que los daños que nos ocupan se encuentran en clara relación de dependencia respecto del perjuicio causado a la víctima principal, al menos, en lo que a su existencia se refiere³¹⁸.

Ahora bien, no todas las conductas generadoras de responsabilidad civil extracontractual dan lugar a la aparición de daños indirectos³¹⁹. De hecho, éstos pueden considerarse como excepcionales frente a los perjuicios directos, que constituyen, sin lugar a dudas, la regla general³²⁰. No obstante, la existencia de terceros perjudicados se observa con bastante frecuencia en los supuestos de lesiones graves o de muerte de la víctima inmediata, pues en estos casos tales consecuencias pueden y suelen acarrear para los allegados de aquélla perjuicios de diversa índole: patrimoniales, extrapatrimoniales o ambos a la vez. Nada más ilustrativo, a estos efectos, que consignar una serie de ejemplos tomados de la vida real.

³¹⁷ Esta última expresión de «daños por carambola» la emplea DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., en «La reparación de los daños personales en el Derecho español», *RES*, n° 57, 1989, pág. 83 y ss. y en *Tratado de responsabilidad civil*, *Op. cit.*, pág. 697. Asimismo, la usa IGLESIAS REDONDO, J.I., en «Algunas reflexiones sobre la nueva Ley sobre...», *Op. et loc. cit.*, pág. 995.

También se denominan, en ocasiones, «daños reflejos». Así lo hace en la doctrina italiana BIANCA, que califica estos daños con la expresión «*danni riflessi*» (BIANCA, M., *Diritto Civile*, *Op. cit.*, pág. 114) y, siguiendo a este autor, BALDASSARI, A., *Il danno patrimoniale*, *Op. cit.*, pág. 117. Igualmente, emplean la locución «*préjudices réfléchis*» en la doctrina francesa LAMBERT-FAIVRE, Y., *Le droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Edit. Dalloz, Paris, 1990, págs. 172 y 179 y VINEY, G. y JOURDAIN, P., *Traité de Droit Civil. Les conditions de la responsabilité*, 2ª ed., L.G.D.J., Paris, 1998, pág. 128.

La variedad de denominaciones empleadas para designar a estos perjuicios ha sido puesta de relieve por JOURDAIN, al afirmar que «(...) l'on nomme indifféremment un préjudice «*réfléchi*», un préjudice «*par ricochet*» ou un préjudice «*indirect*»» (JOURDAIN, P., *Les principes de la responsabilité civile*, *Op. cit.*, pág. 117).

³¹⁸ No opina de este modo VICENTE DOMINGO, que entiende que los daños *par ricochet* no son dependientes respecto del daño inicial, puesto que los daños que se sufren son distintos, no siempre nacen simultáneamente y pueden coexistir (VICENTE DOMINGO, E., *Los daños corporales: tipología y valoración*, *Op. cit.*, pág. 249).

Aun considerando ciertas estas tres afirmaciones, nosotros creemos que las mismas no conducen necesariamente a la negación de la dependencia de los daños indirectos respecto de los directos, porque lo que es evidente es que sin estos últimos los perjuicios mediatos no llegarían a existir.

³¹⁹ Si concurren siempre, en cambio, los daños directos, porque para que tenga lugar el nacimiento de la responsabilidad civil siempre ha de existir un daño o perjuicio y, por tanto, una persona que lo sufra.

³²⁰ Así lo entiende también SANTOS BRIZ, J., en *La responsabilidad civil...*, *Op. cit.*, pág. 221.

Un primer ejemplo deriva de la constatación de que en el caso de que la víctima principal haya sufrido lesiones corporales como consecuencia del hecho dañoso del agente, existen normalmente una serie de gastos dirigidos a la curación de aquéllas, gastos médicos y farmacéuticos de diversa cuantía que pueden ser satisfechos por la propia víctima o por terceros (padres, hijos, entidades aseguradoras,...). Estos terceros distintos de la víctima, que satisfacen las cantidades precisas para la curación de ésta, experimentan, como resultado del daño a la misma, perjuicios consistentes en la disminución de su patrimonio, por lo que tienen derecho a exigir reparación al responsable de dicho daño, en cuanto han visto lesionado un interés propio merecedor de tutela o protección jurídica.

Del mismo modo, las lesiones de la víctima directa pueden ser de una gravedad tal que la imposibiliten para realizar los actos más cotidianos de la vida diaria, exigiendo constantes cuidados y atenciones, lo cual repercutirá, sin duda, sobre aquéllos que convivan con ella, causándoles perjuicios, tanto económicos, como morales³²¹.

Asimismo, algunas lesiones pueden generar secuelas, que supongan, por ejemplo, la imposibilidad para la víctima de mantener relaciones sexuales, con el consiguiente perjuicio moral que de ello se deriva para el cónyuge³²².

Más complicados son los supuestos de muerte de la víctima principal, la cual puede generar, junto al tan discutido daño moral causado a aquélla consistente en privarle de la vida, otros perjuicios patrimoniales indirectos, bien a las personas que, por depender económicamente del fallecido, se ven privadas de sustento o ven reducida su capacidad económica, o bien a las personas que, por su relación de proximidad y afecto con la víctima, sufren, a causa de su muerte, daños morales³²³.

³²¹ Así lo entendió la Sala 1ª del Tribunal Supremo en sentencia de 30 de julio de 1991 (RJ 5435) en la que admitió la reclamación del esposo de la víctima por los daños económicos y morales que sufrió como resultado de la atrofia cerebral global que se le causó a su esposa a consecuencia de una intervención quirúrgica.

³²² Este caso se resolvió en la STS (Sala 1ª) de 9 de febrero de 1988 (RJ 771), en la que se afirma la legitimación de la esposa para entablar la demanda de reclamación como perjudicada por un daño moral.

³²³ Entre muchas otras, *vid.* la STS (Sala 2ª) de 26 de junio de 1986 (RJ 3796) estima los daños patrimoniales y morales que experimenta la viuda por la muerte del esposo.

Ante este panorama, debe aclararse que la admisión de la reparación de los daños indirectos en términos tan amplios, amparada en nuestro ordenamiento jurídico por la cláusula genérica del art. 1902 del CC, ha sido el resultado de una evolución operada, principalmente, en la jurisprudencia francesa por obra de la doctrina de este país, que ha sido la que más atención ha prestado al tema de los «*dommages par ricochet*». La evolución doctrinal y jurisprudencial que la admisión de las distintas categorías que integran este tipo de daños ha experimentado se puede resumir del modo siguiente:

1. DAÑOS PATRIMONIALES «*PAR RICOCHET*»

Desde un primer momento en el que se admitía únicamente la reparación del *daño patrimonial indirecto o por rebote* en el supuesto de fallecimiento de la víctima inmediata, pero no en el caso de lesiones de ésta bajo el argumento de que la indemnización concedida frente a la reclamación de la víctima inicial servía ya para cubrir los potenciales perjuicios económicos de sus allegados, se pasó a admitir la reparación del daño patrimonial «*par ricochet*» en los supuestos de lesiones de la víctima principal, siempre y cuando se acreditase que la indemnización concedida a la víctima no había tenido en cuenta o no era suficiente para hacer frente a los perjuicios económicos de los perjudicados de forma mediata. Naturalmente, estos daños habrían de resultar debidamente acreditados.

Junto a esta inicial limitación, la reclamación de los daños patrimoniales reflejos estaba sometida, también en un primer momento, a otro límite aún más relevante: el que hacía referencia al círculo de personas legitimadas para reclamar su reparación. En efecto, la jurisprudencia francesa, considerando que debía existir entre la víctima directa y la mediata un «*lien de droit*» o vínculo de derecho, entendió, a partir de la sentencia *Rucheton* de 11 de mayo de 1928 del *Conseil d'État*³²⁴, que dicho vínculo estaba constituido por el derecho de alimentos, por lo que solamente las personas que ostentaban frente a la víctima principal un derecho de tal naturaleza podían reclamar la reparación de los daños patrimoniales por ellas sufridos con motivo del perjuicio irrogado directamente a aquélla.

³²⁴ *Gaz. Pal.*, 1928.II.231.

Esta solución fue, sin embargo, objeto de fuertes críticas, dado que con ella se excluía la posibilidad de reclamación de ciertas personas ajenas a la familia o, incluso, pertenecientes a ella aunque carentes del derecho de alimentos y que podían, de igual forma, depender económicamente del difunto. Estas críticas doctrinales, que se basaban en la injusticia y arbitrariedad que la solución apuntada conllevaba, dieron su fruto y llevaron a la jurisprudencia francesa a abandonar el criterio basado en el vínculo representado por la obligación alimenticia. Este abandono se produjo a raíz de una sentencia del *Conseil d'État*, la sentencia *Simon* de 25 de enero de 1952³²⁵, a la que siguieron sendos pronunciamientos de la *Chambre Criminelle* de la *Cour de Cassation* de 16 de diciembre de 1954³²⁶ y de la *Chambre Civile* de 4 de marzo de 1964³²⁷.

2. DAÑOS MORALES «PAR RICOCHET»

En lo atinente a la reparación de los *daños morales por rebote*, ha de precisarse la cuestión en el supuesto de muerte, por un lado, y en el de lesiones de la víctima directa o principal, por otro.

2.1. Daños morales indirectos o mediatos derivados de la muerte de la víctima inicial

A la hora de reclamar la reparación de este tipo de perjuicios, la jurisprudencia francesa, vinculada por la idea del necesario «*lien de droit*» entre el perjudicado inmediato y los perjudicados mediatos, consideró únicamente como legitimadas para reclamar daños morales indirectos, en un primer momento, a aquellas personas que pudiesen fundar la acción de reclamación de los daños y perjuicios en un interés de afección derivado de un vínculo de parentesco o de matrimonio³²⁸.

Sin embargo, la exigencia de ese vínculo planteaba los mismos problemas de injusticia y arbitrariedad que para los perjuicios patrimoniales mediatos derivaban de la exigencia del vínculo relativo a la obligación de alimentos, dado que, al igual que éste,

³²⁵ D., 1952, pág. 549.

³²⁶ Gaz. Pal., 1958.II.160.

³²⁷ Gaz. Pal., 1964.I.392.

³²⁸ Así se señaló expresamente en la sentencia de la *Chambre des requêtes* de 2 de febrero de 1931 (D.H., 1931, pág. 113), criterio que fue seguido en sentencias posteriores.

suponía negar la legitimación para la reclamación de daños morales derivados de la muerte de la víctima directa a personas extrañas a la familia, como el conviviente *more uxorio*, ciertas personas unidas al difunto por relaciones parentales *de facto* o, incluso, personas unidas a aquél por fuertes lazos de amistad.

Por ello, formuladas igualmente críticas frente a tal limitación de la legitimación³²⁹, la misma fue suprimida a partir de una sentencia de la *Cour de cassation*, constituida en sala mixta, de 27 de febrero de 1970³³⁰ que, al amparo de los amplios términos en que se expresa el art. 1382 del CC francés, que no establece límites ni condiciones a los daños reparables³³¹, abandona la exigencia del «*lien de droit*» o vínculo de derecho entre la víctima principal y el perjudicado de forma mediata. Esta sentencia conduce, consiguientemente, a que se prescinda definitivamente del criterio referido, tanto en relación a los perjuicios materiales indirectos o mediatos, como con respecto a los perjuicios morales reflejos, de modo que será suficiente con que los así perjudicados prueben que efectivamente han sufrido el daño que alegan y que el mismo encuentra su causa en el perjuicio que se le ha causado a la víctima inmediata.

Por su parte, la jurisprudencia española, en la que no se planteó el problema enunciado debido a la tardía admisión de la reparación de los daños reflejos, no tuvo problema en asumir la solución finalmente adoptada por la jurisprudencia del país vecino³³², ya que el art. 1902 del CC español, al expresarse en idénticos amplios términos que los utilizados por el art. 1382 del CCFr. —pues no en vano encuentra en éste su precedente más inmediato—, es susceptible de igual interpretación extensiva que la realizada por los Tribunales franceses a propósito del precepto citado. De este modo, cualquier persona que haya sufrido un perjuicio moral a consecuencia de la muerte de la víctima inmediata está legitimada para demandar su reparación, que le será concedida a condición de que pruebe que ha soportado un daño cierto y efectivo conectado

³²⁹ En efecto, la doctrina consideraba que «*la douleur est un fait et qu'il n'existe pas de droit à l'affection*» (SOUCHON, C., «Le dommage», *Op. et loc. cit.*, pág. 289).

³³⁰ *Gaz. Pal.*, 1970.I.163.

³³¹ El art. 1382 del *Code Civil* prescribe lo siguiente: «*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*».

³³² *Vid.* STS, Sala 2ª, de 21 de diciembre de 1987 (RJ 9802), que exige una «*fundamentación fáctica*» basada en las «*circunstancias personales, profesionales y familiares de la víctima, y las relaciones de parentesco, convivencia y asistencia con los familiares o terceros, a fin de tomar conciencia del perjuicio material y moral derivado del óbito*».

causalmente a la conducta del agente³³³. Ya no es necesaria, por tanto, la existencia de un vínculo de parentesco entre el fallecido, perjudicado directo, y el reclamante, perjudicado indirecto, y cuando tal relación de parentesco exista, cumplirá el papel de una presunción de hecho del daño moral padecido por este último, de modo tal que corresponderá al demandado desvirtuarla³³⁴.

³³³ Así lo entiende HENAO, quien, considerando que la muerte "produce pena y aflicción para las personas cercanas al fallecido", entiende que ese daño moral puede afectar, no sólo al círculo familiar del fallecido, sino también a otras personas ajenas a él, por lo que "Será cuestión de prueba que establezca la congoja y la aflicción producidas" (HENAO, J.C., *El daño...*, Op. cit., pág. 237).

³³⁴ En tal sentido, FRANÇOIS TERRÉ e YVES LEQUETTE en *Observations* a la sentencia de la *Chambre Civile* de la *Cour de Cassation* de 13 de febrero de 1923 (nº, 104) en HENRI CAPITANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Editions Dalloz, París, 9ª edición, 1991, pág. 460-463.

Analizando la jurisprudencia española extrae esta misma exigencia de la prueba del daño moral sufrido por los perjudicados indirectos, así como la consideración de la relación de parentesco como una presunción de hecho del daño sufrido, VICENTE DOMINGO, E., en *Los daños corporales: tipología y valoración*, Op. cit., pág. 228-229.

Un ejemplo de la consideración de que los vínculos de parentesco actúan como una presunción de hecho de los perjuicios morales causados a los allegados de la víctima principal lo encontramos en la STS (Sala 3ª) de 4 de octubre de 1999 (RJ 8539), en la que se declara la responsabilidad de la Administración por el suicidio en un centro hospitalario de un paciente con problemas psiquiátricos. En relación con la indemnización que corresponde a sus familiares en concepto de los daños morales por ellos sufridos a causa de la muerte de aquél, afirma el Tribunal Supremo que "los vínculos de afecto y económicos propios de la unidad familiar existen en tanto no se produzca prueba en contrario, la cual corresponde a la Administración". Asimismo, un ejemplo más reciente se contiene en la STS (Sala 2ª) de 19 de octubre de 2001 (RJ 9424), en la que, en relación con el daño causado a los hermanos de la víctima por la muerte culpable de ésta, se afirma que "para no indemnizar a los hermanos por daño moral, y en defecto de otros familiares más cercanos, no hay que probar la falta de dependencia económica sino la rotura del afecto familiar, pues el ser hermano, en un orden natural, genera aquel afecto, tradicionalmente reconocido por el Código Penal y por el Código Civil".

Por el contrario, un supuesto en el que la relación de parentesco no fue considerada suficiente para apreciar en las personas de los demandantes la condición de perjudicados por la muerte de la víctima, se recoge en la SAP de Granada de 11 de marzo de 1999 (AC 733). En esta sentencia la Audiencia Provincial cita, en apoyo de su fallo, una sentencia de la Sala Segunda del TS de 1 de febrero de 1991 (RJ 683) que, en lo que ahora interesa, afirmó lo siguiente: "el vínculo de la común filiación, salvo en los casos en que se pruebe un distanciamiento o rotura de la cohesión familiar, explica y justifica el dolor moral que genera la indemnización". Pues bien, probada esa rotura de la cohesión familiar, la Audiencia revoca la sentencia de Primera Instancia al no apreciar, en base a toda una serie de pruebas, que de la muerte de la víctima se haya seguido daño alguno para los actores (tíos y hermana de la fallecida). También se destruye la presunción en el caso resuelto por la STS (Sala 2ª) de 27 de noviembre de 2003 (RJ 8852), en la que el Tribunal Supremo casó la sentencia dictada por la Audiencia en lo referente a las indemnizaciones concedidas a los hermanos de la víctima fallecida con base en la siguiente afirmación: "(...) en el caso enjuiciado no parece legalmente acertada la decisión de indemnizar a los hermanos del fallecido por daños morales, siendo así que la propia sentencia del Tribunal del Jurado deja manifiesta y explicita constancia de la frialdad de relaciones con aquéllos y el distanciamiento afectivo entre el fallecido y sus hermanos que, a tenor de las consideraciones consignadas en el Fundamento Jurídico undécimo de la sentencia recurrida reflejan más bien una prolongada relación de enemistad. El art. 113 CP habla —como receptores de la indemnización— de quienes hubieren sufrido daños materiales o morales, debiéndose reservar esta segunda eventualidad a quienes, efectiva y realmente, hayan padecido una severa aflicción por el fallecimiento de la víctima derivada de unas especiales relaciones previas de afectividad con ésta y, desde luego, cabe advertir que la mera circunstancia de la consanguinidad no es elemento suficiente para determinar automáticamente la realidad de esa significada afectividad, en ocasiones inexistente y que, sin embargo, se puede apreciar en relación a miembros más lejanos de la familia en la línea de consanguinidad o afinidad o, incluso, respecto a personas que no son integradas en el ámbito familiar".

2.2. Daños morales indirectos o mediatos derivados de las lesiones sufridas por la víctima inicial

Por lo que se refiere a la reparación de los daños morales reflejos en el caso de que la víctima directa hubiera sufrido solamente lesiones, la jurisprudencia del país vecino negaba la posibilidad de esa reparación, en cuanto que, en tales supuestos, la víctima sobrevivía y, por ello, se conservaban los afectos existentes entre ella y los posibles perjudicados mediatos³³⁵.

No obstante, la doctrina puso de manifiesto una realidad fuera de toda duda, afirmando que las enfermedades y los sufrimientos de un hijo, por ejemplo, pueden ser a veces tan dolorosos para sus padres como la propia muerte de aquél, de modo tal que la jurisprudencia francesa, ya en los años cuarenta³³⁶, comenzó a estimar reclamaciones de reparación de daños morales causados a personas distintas de la víctima inmediata y derivados de las lesiones de ésta, siempre bajo la condición de la prueba de dichos daños.

Debe señalarse, sin embargo, que tanto la jurisprudencia francesa como la española suelen indemnizar esos perjuicios morales indirectos solamente en aquellos casos en que las lesiones sufridas por la víctima inmediata revisten una especial gravedad, a pesar de que no formulan este requisito de forma expresa. Esta circunstancia, a nuestro juicio, guarda relación con la complejidad que supone llevar a cabo la prueba del daño moral invocado, que conduce a que el mismo se considere mayor o menor en función de la gravedad de las lesiones padecidas por la víctima directa, puesto que parece lógico pensar que el dolor que experimentarán los mediatamente perjudicados será mayor cuanto más graves sean las lesiones sufridas por el ser querido. Sólo mediante este tipo de pruebas indirectas del daño moral que aquéllos afirman haber sufrido se pueden evitar demandas infundadas, impidiendo así una extensión de la responsabilidad del agente más allá de lo estrictamente razonable³³⁷.

³³⁵ Sentencia de la *Chambre des requêtes* de 22 de diciembre de 1942 (*DH*, 1945, 99).

³³⁶ Fue una sentencia de la *Cour de cassation* de 22 de octubre de 1946 (*DH* 1947, 59) la que inició el camino hacia el reconocimiento de la indemnización de los perjuicios morales «*par ricochet*». En concreto, entendió el Tribunal que la situación del padre de la víctima, disminuida por una dolencia irreversible, constituía un perjuicio moral de carácter excepcional.

³³⁷ Tal vez esto mismo fue lo que entendieron los redactores de la Resolución 75/7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativo a la Reparación de los daños en caso de lesiones corporales y de

3. LA CUESTIÓN DE LA PRETENDIDA AUTONOMÍA DE LOS DAÑOS INDIRECTOS FRENTE A LOS DIRECTOS O INMEDIATOS

Se habla de una supuesta autonomía de los daños indirectos o mediatos frente a los directos o inmediatos, autonomía que, de ser cierta, implicaría dos consecuencias³³⁸:

a) el resarcimiento íntegro de los daños «*par ricochet*», siempre que cumplieran los requisitos de realidad y certeza, cuya prueba correspondería al dañado indirecto y sería independiente de la prueba del daño inmediato causado a la víctima inicial;

b) la inoponibilidad a los perjudicados indirectos de las excepciones oponibles por el responsable a la víctima inmediata, así como la inoponibilidad a los primeros de la concurrencia de culpa de esta última en el evento lesivo.

A pesar de las afirmaciones de algunos autores en favor de la total autonomía de los daños indirectos³³⁹, nosotros dudamos de la completa virtualidad de tales aseveraciones

muerte, adoptada el 14 de marzo de 1975, que establecieron en el Principio nº 13 de la Resolución la posibilidad de reparar el perjuicio moral sufrido por el padre, la madre o el cónyuge de la víctima a causa de las lesiones de ésta únicamente “*en presencia de sufrimientos de carácter excepcional*”.

Para observar la aplicación de esta doctrina en nuestra jurisprudencia, *vid.*, de nuevo, las SSTs de la Sala de lo Civil de 9 de febrero de 1988 (RJ 771) y de 30 de julio de 1991 (RJ 5435).

Como ejemplos más recientes de la concesión de daños morales indirectos en supuestos de graves lesiones causadas a la víctima inicial, *vid.*, por una parte, la STS de 18 de abril de 2000 (RJ 2672). En ella, la AP rechazó el pedimento consistente en la concesión de daños morales al esposo e hijos de la lesionada bajo el argumento de que la indemnización concedida a esta última en concepto de los daños morales y la impotencia sexual padecidos ya servía para atender al dolor que la situación de la esposa y madre generaba a la familia. Sin embargo, el TS sí concedió al esposo e hijos una indemnización por los daños morales sufridos por éstos a causa de la grave situación en que quedó su esposa y madre, respectivamente. Así, consideró el TS que “*se halla plenamente justificada la especial situación de afición y dolor que concurre en el esposo e hijos de la Sra. P.*”, por lo que, con base en ello, acuerda a favor de los mismos una indemnización de diez millones de pesetas, que distribuye de la siguiente forma: cuatro millones para el esposo y tres para cada uno de los hijos. Por otro lado, la Sala 1ª del TS vuelve a conceder indemnización por los daños morales sufridos por la esposa de la víctima inicial a causa del estado de gran invalidez que padeció su marido durante los tres años anteriores a su muerte en la STS de 8 de abril de 2002 (RJ 2534), bajo el razonamiento de que “*una cosa es el daño moral producido por la muerte de una persona y otra el daño moral sufrido por la esposa durante los tres años en los que un marido completamente inmovilizado se vio sometido a sucesivas intervenciones quirúrgicas, y que dichos conceptos son indemnizables de forma separada*”.

³³⁸ VICENTE DOMINGO, E., *Los daños corporales: tipología y valoración*, *Op. cit.*, pág. 252. Sigue a esta autora, GÁZQUEZ SERRANO, L., *La indemnización por causa de muerte*, *Op. cit.*, pág. 156.

³³⁹ Es el caso de VATTIER FUENZALIDA, que afirma que “*dada la total autonomía de los daños de familiares y terceros respecto del sufrido por la víctima inicial, las excepciones del demandado ante esta última deben ser, en principio, inoponibles al demandante (...). Esta misma solución ha de regir, en consecuencia, en el discutido punto de la compensatio culpae*” (VATTIER FUENZALIDA, C. “Los

sobre la base del tratamiento jurisprudencial dado a la última de las cuestiones arriba apuntadas: la culpa concurrente de la víctima inmediata.

Para explicar estas dudas hemos de decir que resulta coherente con la independencia de los daños indirectos respecto a los directos la inoponibilidad a los dañados por rebote de las excepciones alegables por parte del responsable frente al perjudicado inmediato, excepciones tales como la prescripción, la transacción entre el demandado y la víctima directa o las excepciones interpuestas por el asegurador frente al asegurado, y de tal modo lo ha entendido nuestra jurisprudencia. En cambio, siendo igualmente coherente con la pretendida independencia de los daños que nos ocupan, no ha resultado tan evidente para los Tribunales la inoponibilidad a los perjudicados *par ricochet* de la concurrencia de la culpa de la víctima inicial con la del agente en el hecho dañoso³⁴⁰. Es más, como ha señalado PANTALEÓN, “*ha resultado indudable a nuestra jurisprudencia que la culpa concurrente de la víctima sirve también para reducir la cuantía de las indemnizaciones concedidas a los personalmente perjudicados por la muerte de aquélla, pese a carecer estos mismos de culpa alguna en la producción del accidente*”³⁴¹.

daños de familiares y terceros por la muerte o lesiones de una persona”, *Centenario del Código Civil*, Tomo I, Madrid, 1990, pág. 2084).

Menos tajantes son otros autores que, aun defendiendo inicialmente la autonomía o independencia de los daños indirectos o mediatos respecto de los directos o inmediatos, reconocen que la cuestión se complica cuando se trata de determinar la oponibilidad o inoponibilidad de la culpa concurrente de la víctima inicial a los perjudicados «*par ricochet*». Es el caso de la española VICENTE DOMINGO, E., (*Los daños corporales: tipología y valoración*, *Op. cit.*) o de los franceses VINEY y JOURDAIN, quienes concluyen su exposición favorable a la autonomía de estos perjuicios afirmando que las excepciones a dicha autonomía —refiriéndose en concreto a la oponibilidad de la culpa de la víctima inicial— deben ser interpretadas con prudencia y desde una óptica restrictiva. Son conscientes, por tanto, y aunque se nieguen a admitirlo de forma expresa, de la existencia de una autonomía parcial o atenuada (VINEY, G. y JOURDAIN, P., *Traité de Droit Civil. Les conditions de la responsabilité*, *Op. cit.*, pág. 150).

³⁴⁰ Esta afirmación es especialmente predicable de la jurisprudencia francesa, que ha mostrado un criterio vacilante u oscilante en relación con esta cuestión. Así, en un primer momento, los Tribunales de este país se mostraron favorables a la oponibilidad (sentencia de las *Chambres Réunies* de 25 de noviembre de 1964), si bien la *Cour de Cassation*, a través de dos sentencias de la *Chambre Civile* de 7 de junio de 1978 (*D.* 1979, *jur.*, pág. 114) y de 25 de octubre de 1978 (*Gaz. Pal.*, 13 mayo 1979) consideró que, en tales supuestos, el causante y la víctima inicial son coautores del daño por rebote causado a la víctima mediata, por lo que responderán frente a ella de forma solidaria. Pero de nuevo, en una sentencia de 19 de junio de 1981 (*Gaz. Pal.*, 26 octubre 1981), la *Assemblée plénière de la Cour de cassation* retomó el principio de oponibilidad a los perjudicados indirectos de las causas de exoneración oponibles por el responsable a la víctima inicial, criterio que fue mantenido en la ley «Badinter» de 5 de julio de 1985, si bien a partir de esta ley se entiende igualmente que a los perjudicados indirectos les serán oponibles exclusivamente dichas causas de exoneración, pero con exclusión de cualquier otra.

³⁴¹ PANTALEÓN PRIETO, F., en “La indemnización por causa de lesiones o de muerte”, *Op. et loc. cit.*, pág. 648, recoge una serie de sentencias del Tribunal Supremo en las que se aprecia la oponibilidad de la culpa concurrente en la víctima inicial frente a los perjudicados indirectos o mediatos.

Antes de ofrecer nuestra opinión acerca de la postura de la jurisprudencia, hemos de precisar que la concurrencia de culpa de la víctima inmediata da lugar a tres posibilidades en relación con los perjudicados indirectos:

a) La inoponibilidad al tercero perjudicado de la concurrencia de culpa de la víctima inmediata, de modo que el agente o demandado tiene que hacer frente a la reparación íntegra del daño indirecto, mientras que la reparación del perjuicio directo se distribuye entre responsable y perjudicado en proporción al porcentaje de culpa respectivo.

Esta alternativa, a nuestro juicio, no es, sin embargo, correcta, ya que, por un lado, resulta injusta para el agente, en cuanto le hace soportar mayores consecuencias que las que efectivamente derivan de su conducta, puesto que no debe olvidarse que en la causación del daño intervino igualmente la conducta del propio perjudicado directo; y, por otra parte, la elección de esa alternativa supondría olvidarse de la naturaleza refleja del perjuicio indirecto o mediato, que no es tenida en cuenta cuando la culpa de la víctima inmediata no tiene repercusión alguna sobre la reparación de un perjuicio que presenta aquella naturaleza refleja.

b) Una segunda posibilidad consistiría en que la víctima inicial contribuyese, junto con el agente, a la reparación de los perjuicios indirectos en la medida de su concurrente conducta culposa.

Ahora bien, una cosa es que, como consecuencia de la concurrencia de su culpa, la víctima vea rebajada su indemnización y otra muy diferente, convertirla en responsable. Además, esta opción –aunque coherente con el principio de culpa que preside la institución de la responsabilidad civil extracontractual y con la solución que se viene aplicando por los Tribunales en relación con los daños causados a la víctima directa en las hipótesis de concurrencia o concurso de conductas culposas–, podría dar lugar a

Citando algunas más recientes en el mismo sentido, podemos destacar, entre muchas otras, las de la Sala de lo Civil de 30 de noviembre de 1998 (RJ 8785), 6 de mayo de 1999 (RJ 3099), 6 de octubre de 2000 (RJ 8136), 14 de noviembre de 2000 (RJ 8981), 21 de junio de 2001 (RJ 5070), 29 de noviembre de 2001 (RJ 9519), 2 de diciembre de 2002 (RJ 2003/22), 27 de mayo de 2003 (RJ 3930) o 10 de marzo de 2004 (RJ 1819).

consecuencias paradójicas, sobre todo, teniendo en cuenta que los potenciales perjudicados mediatos suelen ser personas unidas a la víctima inicial por vínculos de especial dependencia o afecto e, incluso, en una gran parte de los casos, por vínculos de parentesco, por lo que sería, si no absurdo, al menos extraño, que tales perjudicados reclamasen a la víctima inmediata parte de los daños a ellos causados precisamente con ocasión del perjuicio directo irrogado a aquélla.

E, igualmente, en el supuesto de muerte de la víctima directa, concurriendo la culpa de ésta, se produciría como resultado que parte del daño causado a los perjudicados mediatos tendría que ser soportado por los herederos del fallecido y, teniendo en cuenta que es frecuente que esa condición de herederos de la víctima inicial la ostenten los propios dañados por rebote, la consecuencia que de ello derivaría sería que éstos tendrían que soportar parte de su propio daño, por lo que en estos casos, la solución no diferiría de la que resultaría de oponer la concurrencia de culpa de la víctima directa a los perjudicados mediatos.

c) Finalmente, la tercera opción sería la que ha acogido la jurisprudencia, es decir, la oponibilidad de la concurrencia culposa del perjudicado directo frente a los dañados por rebote.

Esta oponibilidad³⁴², que llevaría a reducir las indemnizaciones correspondientes a estos últimos en proporción a la culpa concurrente de la víctima inicial, es consagrada de forma expresa en el BGB alemán (§ 846), como puso de manifiesto LARENZ³⁴³.

Y, a la vista de las consecuencias que se derivan de las alternativas anteriores, algunos autores han considerado esta solución como la “*menos mala*”³⁴⁴.

³⁴² Oponibilidad que, a juicio de VINEY, resulta difícilmente compatible con la autonomía del perjuicio de los dañados indirectos o mediatos respecto del daño directamente causado a la víctima inicial (VINEY, G. y JOURDAIN, P., *Les conditions de la responsabilité*, Op. cit., pág. 147).

³⁴³ LARENZ, K., *Derecho de obligaciones*, Op. cit., pág. 638.

Sigue su opinión en la doctrina española su traductor, SANTOS BRIZ, quien afirma expresamente que “*en todos los casos, a los terceros titulares de indemnizaciones se les podrá oponer la culpa concurrente del directamente perjudicado*” (SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil...*, Op. cit., pág. 370).

³⁴⁴ Con esta expresión se pronuncia VICENTE DOMINGO, a pesar de que, a su juicio, la solución adoptada también conduce a consecuencias absurdas si a las víctimas mediatas se les puede oponer, tanto la culpa de la víctima directa como la suya propia, aun cuando no sea frecuente la intervención de la culpa de estas últimas en el hecho que da lugar al daño directo causado a la víctima inicial.

A nuestro modo de ver, la postura adoptada por la jurisprudencia, esto es, la oponibilidad a los perjudicados indirectos de la culpa concurrente en la víctima principal, es la opción correcta si se tiene en cuenta que los daños «*par ricochet*» se hallan en relación de dependencia respecto de los causados a la víctima inicial, dependencia innegable desde la perspectiva del nacimiento de tales daños, dado que la inexistencia de los primeros determina igualmente la inexistencia de estos últimos. Por esta razón, a la hora de llevar a cabo la reparación de los daños mediatos deben tomarse en consideración las circunstancias concurrentes en el daño inmediato –incluida, por tanto, la influencia de la culpa de la víctima–, por no ser éste nada más que un efecto reflejo de aquél³⁴⁵. En tal sentido, DOMÍNGUEZ HIDALGO ha afirmado que carece de sentido que la víctima indirecta se base en las relaciones que le unían con la víctima directa para reclamar la reparación de su daño y que luego pretenda desconocerlas en lo que le desfavorecen³⁴⁶.

En consecuencia, tal y como hemos dicho, se confirma, a la vista de la cuestión abordada, que no es posible hablar, dada su naturaleza refleja, de autonomía de los perjuicios indirectos frente a los inmediatos.

De todas formas, esta autora vacila a la hora de decantarse por una de las alternativas expuestas ya que, si bien defiende la opción de la total autonomía del daño por rebote, dice expresamente que sus dudas al respecto aumentan cada vez que lee su propio trabajo (VICENTE DOMINGO, E., *Los daños corporales: tipología y valoración*, *Op. cit.*, pág. 258, nota 804).

³⁴⁵ Del mismo modo opina el francés JOURDAIN, para quien la solución apuntada “s’explique par l’imparfaite autonomie du droit à réparation des victimes par ricochet: le dommage réfléchi n’est qu’un reflet du dommage initial; il a sa source dans celui-ci qui en conditionne à la fois l’existence et l’étendue. En outre, dommage initial et dommage réfléchi trouvent l’un et l’autre leur origine dans le même fait générateur” (JOURDAIN, P., *Les principes de la responsabilité civile*, *Op. cit.*, pág. 132).

³⁴⁶ DOMÍNGUEZ HIDALGO, C., *El daño moral*, *Op. cit.*, Tomo II, pág. 746.

CAPÍTULO III
PRINCIPIOS GENERALES DE LA
REPARACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

I. LA OBLIGACIÓN DE REPARAR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS COMO EFECTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Analizado el daño resarcible como presupuesto básico de la puesta en marcha del mecanismo de la responsabilidad civil extracontractual, se hace preciso proceder al examen de la consecuencia o efecto que se deriva de la operatividad de esta institución jurídica, consecuencia o efecto que se concreta, a tenor de lo prescrito en las leyes positivas³⁴⁶, en la imposición al sujeto responsable de la obligación de reparar el daño causado³⁴⁷.

Ahora bien, pese a que la reparación ocupa un lugar común en las obras de los autores que se han ocupado del Derecho de daños, al ser considerada unánimemente por todos ellos como la consecuencia e, incluso, como la función –si no única, al menos primordial– de la responsabilidad civil extracontractual³⁴⁸, son pocos los estudiosos que

³⁴⁶ Así se desprende del tenor literal del art. 1902 CC y del 109 CP (para los supuestos de responsabilidad civil *ex delicto*):

Art. 1902 del CC: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

Art. 109 del CP: “La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados”.

³⁴⁷ Esta consecuencia es afirmada gráficamente por la autora italiana CECCHERINI, cuando señala que “nel giudizio di responsabilità, infatti, una volta imputato il fatto dannoso ad un soggetto responsabile, in base a criteri di collegamento di volta in volta diversi, sorge a carico dello stesso soggetto l'obbligo di risarcire il danno provocato” (CECCHERINI, G., *Risarcimento del danno e riparazione in forma specifica*, Giuffrè Editore, Milano, 1989, pág. 50).

Incluso, los autores portugueses llegan a definir la responsabilidad civil precisamente como la obligación de reparar el daño. Así lo hacen, entre otros, GOMES DA SILVA, M., *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Op. cit., pág. 245; MOTA PINTO, C.A., *Teoria geral do Direito civil*, 3ª ed., Coimbra Editora, 1985, pág. 114; PESSOA JORGE, F., *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Op. cit., pág. 44; MENEZES LEITÃO, L.M.T., *Direito das obrigações*, Op. cit., pág. 285; o FREITAS RANGEL, R.M., *A reparação judicial dos danos na responsabilidade civil (Um olhar sobre a jurisprudência)*, 2ª ed., Edit. Almedina, Coimbra, 2004, pág. 9.

³⁴⁸ Vid. por todos, en este sentido, a los franceses VINEY y JOURDAIN, quienes encabezan el tomo de su obra dedicado a los efectos de la responsabilidad afirmando que “En todos los países occidentales, la función principal de la responsabilidad civil consiste en asegurar a la persona lesionada la reparación de su daño” (VINEY, G. y JOURDAIN, P., *Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, 2ª ed., L.G.D.J., Paris, 2001, pág. 1); y al portugués ALMEIDA COSTA, que afirma significativamente que “apenas em função do dano o instituto realiza a sua finalidade essencialmente reparadora ou reintegrativa. Mesmo quando lhe caiba algum papel repressivo e preventivo, sempre se encontra submetido, como regra, aos limites da eliminação do dano” (ALMEIDA COSTA, M.J., *Direito das Obrigações*, Op. cit., pág. 541).

se han preocupado de ofrecer un concepto de reparación³⁴⁹. Éste, por el contrario, suele darse por supuesto, aun cuando tampoco las normas positivas proporcionan una noción completa de reparación ni regulan el modo en que la misma debe llevarse a cabo³⁵⁰. Así, en nuestro Ordenamiento jurídico, tan sólo los artículos 1106 y siguientes del CC, ubicados en el Libro Cuarto ("*De las obligaciones y contratos*") y reguladores, por tanto, de la responsabilidad civil contractual³⁵¹, contienen algunas normas sobre el alcance de la indemnización de daños y perjuicios. Sin embargo, esta regulación resulta, a todas luces insuficiente, puesto que, además de ser muy escasa, se refiere únicamente a una de las dos formas posibles de proceder a la reparación de los perjuicios, pues, en

³⁴⁹ Si lo hizo MANDRIOLI, que afirmó que la ciencia jurídica moderna había elaborado un concepto de resarcimiento del daño de contenido tan general que, respecto a la fórmula de la ley, alteraba profundamente su significado. En efecto, para esta construcción doctrinal, el resarcimiento estaría dirigido, "*non solo alla prestazione dell'equivalente pecuniario del pregiudizio sofferto, ma anche -e forse in prima linea- alla restaurazione integrale della posizione giuridica del leso quale si sarebbe avuta senza il fatto dannoso*" (MANDRIOLI, D., "Risarcimento del danno in forma specifica", *Riv. Dir. Comm.*, 1922, I, pág. 355).

Sin el tono crítico del autor anterior, considera el alemán FISCHER que, ante la imposibilidad de borrar los hechos ocurridos y realizados, la reparación del daño se dirige a crear una situación lo más parecida posible a la realidad truncada, a la situación que existiría de no haber acontecido el daño (FISCHER, H.A., *Los daños civiles y su reparación*, *Op. cit.*, pág. 131).

De forma casi idéntica a este último autor se han pronunciado mucho más recientemente los italianos CECCHERINI y GIANNINI y POGLIANI. Para la primera autora, "*al fondo di quest'ultimo (risarcimento) vi è certo l'idea di porre il soggetto leso nella stessa posizione in cui si sarebbe trovato se non avesse subito l'iniuria*" (CECCHERINI, G., *Risarcimento del danno e riparazione in forma specifica*, *Op. cit.*, pág. 51); mientras que para los segundos, la reparación "*consiste in una prestazione a carico del responsabile, mediante la quale il danneggiato viene posto (o dovrebbe esser posto) nello stesso statu in cui si sarebbe trovato se non si fosse verificato l'evento lesivo*" (GIANNINI, G. y POGLIANI, M., *Il danno da illecito civile*, *Op. cit.*, pág. 12).

En la misma línea se sitúa la generalidad de los autores portugueses, los cuales definen la reparación del daño o perjuicio por referencia al art. 562 de su CC, conforme al cual: "*Quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga á reparação*". En este sentido, *vid.* por todos, a ANTUNES VARELA, para quien el art. 562 viene a definir la función genérica del deber de indemnizar (ANTUNES VARELA, J., *Das obrigações em geral*, *Op. cit.*, pág. 876, nota nº 3).

En un sentido más lato y, por ello, menos preciso, se pronunciaron otros autores como SCOGNAMIGLIO, para quien resarcir quiere decir eliminar el daño (SCOGNAMIGLIO, R., "Il risarcimento del danno in forma specifica", *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1957, pág. 229); o BONVICINI, que definió el resarcimiento como cualquier prestación dirigida a destruir los efectos nocivos del daño (BONVICINI, E., *Le responsabilità per i danni nel Diritto delle obbligazioni*, *Op. cit.*, pág. 34).

Por su parte, en la doctrina española define el resarcimiento DE ÁNGEL, con la particularidad de que este autor, lejos de acoger un concepto unitario, procede a distinguir la noción de resarcimiento según se trate de daños materiales, en cuyo caso consiste en "*reconstituir la integridad del patrimonio lesionado*"; o de daños morales, supuesto éste en el cual se dirige a "*compensar a la víctima por la privación o menoscabo del bien personal que se ha visto afectado*" (DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, *Op. cit.*, pág. 900). De forma más general y en la línea de la mayoría de los autores extranjeros citados, atribuyen a la reparación "*la finalidad de reponer a la víctima al estado anterior a la producción del daño*" LUNA YERGA, A., PIÑEIRO SALGUERO, J., RAMOS GONZÁLEZ, S. y RUBÍ I PUIG, A., en "Reparación in natura y por equivalente: opciones de la víctima en el derecho español", *InDret*, 2/2002, pág. 3.

³⁵⁰ Razón por la cual DE ÁNGEL llegó a afirmar que en nuestro país existe una parca regulación de la obligación de resarcimiento (DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, *Op. cit.*, pág. 904).

³⁵¹ Aunque aplicables igualmente, con carácter general, a la responsabilidad civil extracontractual.

efecto, contempla sólo la reparación por equivalente, dejando totalmente al margen la reparación en forma específica o *in natura*³⁵².

A la vista de este panorama, la reparación de los daños y perjuicios a que da lugar la afirmación de responsabilidad civil extracontractual se lleva a cabo en los sistemas jurídicos continentales a través de pautas o principios surgidos en la doctrina y aceptados por la jurisprudencia.

II. PRINCIPIOS RECTORES DEL RESARCIMIENTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS

1. EL PRINCIPIO DE LA REPARACIÓN INTEGRAL

En efecto, entre esos principios que rigen la materia relativa a la reparación o resarcimiento de los daños y perjuicios, ocupa un lugar esencial y preeminente en la generalidad de los sistemas jurídicos el denominado principio de la reparación integral³⁵³. Este principio, conocido también en su expresión latina "*restitutio in integrum*", se dirige a lograr la más perfecta equivalencia entre los daños sufridos y la reparación obtenida por el perjudicado, de tal manera que éste quede colocado en una situación lo más parecida posible a aquélla en la que se encontraría si el hecho dañoso no hubiera tenido lugar³⁵⁴.

³⁵² Esta circunstancia llevó al autor italiano MANDRIOLI a señalar hace tiempo que en el Código napoleónico –y, por tanto, en los demás Códigos que siguieron su estela, entre los que se encuentra el CC español– "*il risarcimento del danno non appare definito nella sua sostanza, ma è notevole che, mentre nei principi generali delle obbligazioni esso è chiaramente disciplinato come obbligazione sussidiaria diretta alla prestazione di un equivalente, non si dia rispetto al delitto civile alcuna diversa nozione e disciplina, cossichè anche in questo campo devesi vedere nel risarcimento del danno esclusivamente la prestazione di un equivalente*" (MANDRIOLI, D., "Risarcimento del danno in forma specifica", *Op. et loc. cit.*, pág. 357).

³⁵³ Ciertamente, se trata de un principio que, aunque careciendo de formulación legal expresa en los distintos Ordenamientos nacionales, ha sido asumido por la generalidad de ellos como resultado de una elaboración doctrinal y judicial. Así lo resalta MEDINA CRESPO a través de ciertas expresiones tomadas de autores españoles e italianos [MEDINA CRESPO, M., *La valoración civil del daño corporal. Bases para un tratado*, Tomo I (*Los fundamentos*), Edit. Dykinson, Madrid, 1999, pág. 136].

Y así se observa igualmente en las referencias que a ese principio realizan juristas de las más diversas latitudes, ya lo hagan aludiendo de manera expresa a la reparación integral, como ocurre en España, Italia, Francia, Perú o Argentina; ya lo hagan de forma implícita, con referencia a las consecuencias del citado principio, aunque sin concreta alusión a él, como ocurre en la generalidad de la doctrina portuguesa.

³⁵⁴ VINEY, G. y JOURDAIN, P., *Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, *Op. cit.*, pág. 112.

Se trata, en otras palabras, de que al perjudicado le sea reparada la totalidad del daño por él padecido, en la medida en que dicho daño haya resultado imputable a un tercero³⁵⁵. Ahora bien, para que ello suceda es preciso que se cumplan dos condiciones: en primer lugar, la reparación debe comprender todo el daño resarcible y no solamente una parte del mismo³⁵⁶; y, en segundo lugar, esa reparación debe limitarse estrictamente al daño efectivamente producido, sin que pueda excederlo o superarlo, para no comportar un enriquecimiento injusto a favor del sujeto perjudicado³⁵⁷. En definitiva, la reparación ha de encontrar el justo equilibrio entre la infracompensación y el enriquecimiento injusto del perjudicado^{358 359}.

Modernamente y en parecidos términos, se hizo eco de este principio el Comité de Ministros del Consejo de Europa, que en su conocida Resolución 75/7, de 14 de marzo de 1975, sobre resarcimiento de daños en caso de lesiones corporales y de muerte, enunció, en su principio número 1, la idea del resarcimiento integral del modo siguiente: "*Teniendo en consideración las normas referentes a la responsabilidad, la persona que ha sufrido un perjuicio tiene derecho al resarcimiento del mismo, en el sentido de que debe ser reintegrada a una situación lo más semejante posible a aquella en que se habría encontrado, si el hecho dañoso no se hubiese producido*".

³⁵⁵ Como dice DE ÁNGEL, "*la función reparadora de la responsabilidad civil se traduce en la necesidad de que el causante del daño resarza a la víctima de todas las consecuencias que a qué l e acarrea*" (DE ÁNGEL Y AGÜEZ, R., *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Edit. Civitas, Madrid, 1995, pág. 55).

³⁵⁶ Efectivamente, señala DEJEAN DE LA BÂTIE que este principio implica que "*(...) le montant de l'indemnité ne doit pas être inférieur au préjudice, sauf, bien entendu, lorsque la faute de la victime justifie une exonération partielle du responsable*" (DEJEAN de la BÂTIE, N., "*L'obligation de réparer*", en AUBRY y RAU, *Droit civil français*, Op. cit., pág. 178).

³⁵⁷ En ese sentido se pronuncia MEDINA CRESPO cuando define el principio de la íntegra reparación de la siguiente forma: "*Cuando se dice que nuestro ordenamiento está presidido por el principio de la reparación íntegra, se está afirmando que el instituto de la responsabilidad civil está marcado por un principio institucional de indemnidad, que se realiza con una completa restauración que, por equivalencia o por compensación, haga el daño jurídicamente inexistente (y es o bvio e l carácter metafórico de la expresión), evitando, a su vez, cualquier enriquecimiento injusto*" (MEDINA CRESPO, M., *La valoración civil del daño corporal...*, Op. cit., Tomo I, pág. 144). YÁÑEZ DE ANDRÉS, por su parte, señala al respecto que "*a esta responsabilidad culposa o negligente se corresponde la correlativa obligación de reparar todos y cada uno de los daños y perjuicios causados, sin limitación alguna, más que la derivada de la propia realidad del daño y del principio de no enriquecimiento*" (YÁÑEZ DE ANDRÉS, A., "Responsabilidad e indemnización. Tres niveles de exigencia y reparación", *RGD*, n° 670-671, julio-agosto 2000, pág. 9015).

Asimismo, merece ser destacada la afirmación realizada por el autor francés LE TOURNEAU, en el sentido de que "*l'auteur d'un dommage est tenu à la réparation intégrale du préjudice causé à la victime, de telle sorte qu'il ne puisse y avoir, (...), ni perte, ni profit*" (LE TOURNEAU, P., *La responsabilité civile*, 3ª ed., Edit. Dalloz, París, 1982, pág. 345). DEJEAN DE LA BÂTIE señala, por su parte, que "*la réparation ne doit pas dépasser le montant du préjudice et procurer un enrichissement à la victime*" (DEJEAN de la BÂTIE, N., "*L'obligation de réparer*", en AUBRY y RAU, *Droit civil français*, Op. cit., pág. 178). En la misma línea, pero de modo más parecido al expresado por nosotros en el texto, definen el principio que nos ocupa sus compatriotas VINEY, G. y JOURDAIN, P., *Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, Op. cit., pág. 113.

³⁵⁸ En términos parecidos se pronunció el autor colombiano HENAO, cuando afirmó que "*la explicación que se da a esta regla se apoya en un principio general del derecho: si el daño se indemniza por encima del realmente causado, se produce un enriquecimiento sin justa causa a favor de la «víctima»; si el daño se indemniza por debajo del realmente causado, se genera un empobrecimiento sin justa causa para la víctima*" (HENAO, J.C., *El daño...*, Op. cit., pág. 45).

Sin embargo, la consecución de este equilibrio y, con él, la consecución de la reparación integral puede no resultar tan sencilla como a primera vista pudiera parecer. Así acontece, como vamos a ver, en relación con los daños no patrimoniales.

En efecto, cuando de daños patrimoniales se trata, es posible realizar, en todo caso, dada su posibilidad de traducción a un equivalente pecuniario, una apreciación concreta y precisa del perjuicio sufrido por el titular del interés afectado, apreciación que permite determinar el resarcimiento necesario, ya sea en forma específica, ya por equivalente, para lograr la justa equivalencia entre éste y el daño y, consecuentemente, para alcanzar la tan deseada reparación integral. Es cierto que, en ocasiones, como ocurre con los daños futuros o con los lucros cesantes, pueden plantearse problemas de prueba que lleven a reparar menos daños que los inicialmente alegados por el perjudicado, limitando la medida de la reparación hasta el límite de los perjuicios efectivamente probados, en coherencia con el requisito de la necesaria certeza y consiguiente prueba de los daños resarcibles. Pero, en cualquier caso y pese a tales dificultades de prueba, el resarcimiento de los distintos daños patrimoniales (daño emergente y lucro cesante), siempre podrá, una vez a creditados aquéllos, alcanzar el equilibrio perseguido por el principio de la reparación integral³⁶⁰.

³⁵⁹ En el ámbito de la jurisprudencia, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se ha referido en algunas ocasiones al principio de la reparación integral. Teniendo en cuenta solamente las resoluciones más recientes podemos aludir a la STS de 16 de mayo de 2002 (RJ 4447), que en un supuesto de responsabilidad contractual señaló que los efectos acordados por el Ordenamiento jurídico para el caso de incumplimiento de las obligaciones *"es la reparación íntegra de los daños causados (...), como resulta de los artículos 1100 y siguientes del Código Civil"*. Más significativa resulta la STS de 11 de noviembre de 2003 (RJ 8289), en la que afirmándose *"que debe restablecerse a los perjudicados en la situación económica anterior al siniestro, sin que deba existir desproporción entre el menoscabo y la reparación"*, se desestima uno de los motivos en los que se basó el recurso de casación bajo el argumento de que *"lo pretendido por el motivo no conduce a la reparación de los daños y perjuicios en un sentido de equilibrio, sino a producir enriquecimiento al perjudicado"*.

³⁶⁰ Así lo entienden VINEY y JOURDAIN, quienes afirman expresamente que para los daños y perjuicios valorables en dinero la regla de la reparación integral es de aplicación relativamente fácil y que su carácter objetivo elimina las incertidumbres que resultarían, por ejemplo, de la aplicación de un criterio basado en la equidad (VINEY, G. y JOURDAIN, P., *Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, Op. cit., pág. 115).

Pero más destacable resulta, en este punto, la opinión que la española VICENTE DOMINGO vierte a través de dos afirmaciones que ponen de manifiesto la importancia del principio de la reparación integral en el ámbito de los daños patrimoniales. Esas afirmaciones son las siguientes: *"No se puede renunciar a la reparación integral de forma apriorística en los daños patrimoniales por difícil que sea la prueba, cuya carga corresponde al perjudicado"* y *"En los daños patrimoniales, la reparación integral no deja de ser o bien una reparación específica o bien una pura operación aritmética. Tanto el daño emergente como el lucro cesante pueden encajar bien en el principio de la reparación integral"* (VICENTE DOMINGO, E., "El daño", Op. et loc. cit., págs. 281 y 282, respectivamente).

Por el contrario, cuando nos enfrentamos a la apreciación de los daños no patrimoniales, se evidencia que tales perjuicios recaen sobre intereses de las personas, que son, por naturaleza, insustituibles e insusceptibles de equivalencia pecuniaria, dificultades éstas que impiden *in radice* alcanzar una equivalencia entre el perjuicio y su reparación. Los daños extrapatrimoniales quedan, así, al margen de la *restitutio in integrum*³⁶¹, puesto que tales daños carecen de un módulo o valor de referencia o comparación³⁶², lo que determina que su valoración quede remitida a la libre discrecionalidad de los órganos judiciales.

Es precisamente ésta una de las razones, aunque no la única, que llevan a afirmar la eficacia más ideal que real del principio del resarcimiento íntegro³⁶³. Y no es la única –decimos– porque, incluso en los casos en los que es factible la reparación integral, es decir, en las hipótesis de perjuicios económicos o patrimoniales, la evolución del instituto de la responsabilidad civil ha determinado que, en ocasiones, la determinación del daño resarcible conforme al principio de la *restitutio in integrum* no sea

³⁶¹ Es ésta, precisamente, la primera de las objeciones que VINEY y JOURDAIN vierten contra el principio de la reparación integral: la dificultad, o más bien, la imposibilidad de aplicación de dicho principio a la esfera de los perjuicios no económicos (VINEY, G. y JOURDAIN, P., *Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, Op. cit., pág. 115). Objeción ésta que es compartida por VICENTE DOMINGO cuando señala que la aplicación del principio de la reparación integral es imposible cuando el daño es de naturaleza extrapatrimonial, por lo que concreta que “ni los daños a los bienes de la personalidad, ni los daños corporales ni los daños puramente morales por la muerte de un ser querido, pueden ser reparados integralmente” (VICENTE DOMINGO, E., “El daño”, Op. et loc. cit., págs. 281 y 282).

Por otra parte, es precisamente esa imposibilidad de aplicación de la *restitutio in integrum* a los daños no patrimoniales la que lleva a DE ÁNGEL y a MEDINA CRESPO a afirmar la crisis de ese principio (Vid., DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Algunas previsiones sobre el futuro...*, Op. cit., pág. 55 y MEDINA CRESPO, M., *La valoración civil del daño corporal...*, Op. cit., Tomo I, pág. 146). La consecuencia de lo anterior, para el primero de esos autores, estriba en que “en las más recientes manifestaciones doctrinales se ha abandonado del todo el principio de «reparación íntegra» cuando se trata del daño a la persona en sentido estricto, esto es, al margen de sus consecuencias económicas, fenómeno que sin duda responde a la evidencia de que hablar de «completa reparación» es en este caso una entelequia” (DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Algunas previsiones sobre el futuro...*, Op. cit., pág. 59).

³⁶² Así opina DE ÁNGEL, para quien “la «reparación íntegra» significa tener un módulo de referencia o comparación”, por lo que, a su juicio, “lo que en verdad ocurre aquí (en el ámbito de los perjuicios extrapatrimoniales) es que tal módulo de comparación no es siquiera imaginable, pues la propia naturaleza del daño experimentado por la víctima (daño inmaterial) significa que la determinación de su «equivalente» en dinero será siempre por estimación o apreciación aproximativa, cualquiera que sea su montante o cuantía” (DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Algunas previsiones sobre el futuro...*, Op. cit., pág. 59). Y en el mismo sentido se expresa VICENTE DOMINGO, para quien el principio de la reparación integral, a diferencia de lo que ocurre con los daños patrimoniales, no encaja bien con los daños que tienen naturaleza extrapatrimonial, “pues no tienen valor aproximativo de referencia” (VICENTE DOMINGO, E., “El daño”, Op. et loc. cit., pág. 282).

³⁶³ Al que MEDINA CRESPO califica, en este sentido, como “principio ilusorio” y como “concepto superindeterminado” (MEDINA CRESPO, M., *La valoración civil del daño corporal...*, Op. cit., Tomo I, págs. 135 y 142, respectivamente) y al que REGLERO se refiere con la gráfica expresión de “fantasía inaprehensible” (REGLERO CAMPOS, L.F., “Comentario a la STS de 26 de marzo de 1997”, CCJC, nº 44, pág. 833).

conveniente, a pesar de las originariamente incuestionables ventajas que, a los ojos de la doctrina, presentaba el mencionado principio³⁶⁴.

Efectivamente, el principio que nos ocupa parece resultar inadecuado en aquellos casos en los que el dañador obtiene con su conducta ilícita un beneficio superior a los daños que ocasiona al titular del derecho o interés violado. Porque, si en tales hipótesis la responsabilidad del culpable se limitase simplemente a reparar los perjuicios causados, la producción del daño le resultaría rentable, ya que, tras desembolsar la cuantía necesaria para su reparación, todavía dispondría de un saldo positivo de ganancia, con lo que se estaría incentivando la realización de comportamientos dañosos. Por eso, en los supuestos de este tipo puede resultar más oportuno, a la hora de determinar la cuantía de la indemnización debida en concepto de reparación, tomar como referencia el montante al que asciende el beneficio obtenido por el dañador, en lugar del montante representado por el daño causado al perjudicado, pues solamente privando al responsable de la posibilidad de obtener un lucro o beneficio, se le impulsará a cesar en su conducta dañosa³⁶⁵. De hecho, esta opción ha sido la acogida por nuestro legislador en el art. 9.3 de la L.O. 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Honor, de la Intimidad Personal y Familiar y de la Propia Imagen, en el que el criterio citado aparece como una de las pautas que han de guiar la valoración de los perjuicios morales; y en los arts. 66.2 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes y 43 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, en los que se ofrece al titular del derecho violado la posibilidad de optar por el criterio del beneficio para cuantificar conforme a él el daño consistente en su lucro cesante.

³⁶⁴ Esas ventajas fueron expuestas de forma sistemática por VINEY y JOURDAIN, quienes las concretaron en tres principales: en primer lugar, afirmaron que el principio de la reparación integral permite a las víctimas obtener una compensación más eficaz de los daños causados por culpa de un tercero, desde el momento en que permite tomar en consideración, aunque sean más costosos, los nuevos métodos o formas de reparación que surgen de los progresos médicos, tecnológicos,...; en segundo lugar, ese principio lleva a los jueces a adaptar la medida de la reparación a las situaciones concretas o particulares de los perjudicados, las cuales son ignoradas por modalidades de reparación que atienden a simples fórmulas matemáticas o baremadas; y, por último, señalan los autores franceses que el principio de la reparación integral, al hacer posible la toma en consideración de todas las circunstancias que rodean a los perjudicados, permite protegerles frente a las consecuencias de la inflación (VINEY, G. y JOURDAIN, P., *Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, Op. cit., págs. 114 y 115).

³⁶⁵ En contra de la relativización del principio del resarcimiento integral que supone la consideración del criterio que tiene en cuenta el beneficio obtenido por el causante del daño se ha pronunciado DíEZ-PICAZO, para quien ese criterio, junto con algún otro empleado por los Tribunales, constituyen "vías de equidad, de legalidad más que dudosa" (DíEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, Op. cit., pág. 237).

Asimismo, otro ámbito en el que el principio de la reparación integral no se compadece bien con el moderno desarrollo de la responsabilidad civil extracontractual es el relativo a la llamada responsabilidad por riesgo. Se trata, como se sabe, de una responsabilidad objetiva, en virtud de la cual se pretende que quien obtenga beneficios o ventajas mediante la realización de actividades susceptibles de causar daños a terceros, se haga cargo, en todo caso³⁶⁶, de la reparación de los perjuicios así causados. Pues bien, si en este ámbito entrase en juego plenamente el principio de la *restitutio in integrum*, la consecuencia sería que, o bien se fomentaría la inhibición de los ciudadanos de cara a la creación de nuevas empresas, con lo que se frenaría, además, el desarrollo industrial y tecnológico característico de las sociedades modernas; o bien los empresarios tratarían de repercutir sobre sus clientes, esto es, sobre el conjunto de la sociedad, por medio de los precios de sus productos y servicios, los costes derivados de la reparación de los daños causados, de tal modo que –como señalan VINEY y JOURDAIN– el precio de la seguridad de las víctimas pasaría a ser asumido por la sociedad en su conjunto³⁶⁷. Para evitar estas consecuencias se produce, en el ámbito de la responsabilidad objetiva o por riesgo, una derogación del principio del resarcimiento integral, en virtud de la cual se establecen legalmente límites cuantitativos a la obligación de resarcir el daño causado³⁶⁸.

³⁶⁶ Es decir, “al margen de la culpa y salvo la concurrencia de la culpa exclusiva de la víctima o la fuerza mayor extraña a la propia actividad”, como aclara YÁÑEZ DE ANDRÉS, A., en “Responsabilidad e indemnización...”, *Op. et loc. cit.*, pág. 9014.

³⁶⁷ VINEY, G. y JOURDAIN, P., *Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, *Op. cit.*, pág. 117.

³⁶⁸ Como señala YÁÑEZ DE ANDRÉS, la responsabilidad por riesgo “es el ámbito propio de actuación de baremos limitativos o de contención resarcitoria y de correlativa protección básica a las víctimas, como es el establecido para la responsabilidad por riesgo derivada de la circulación de automóviles” (YÁÑEZ DE ANDRÉS, A., “Responsabilidad e indemnización...”, *Op. et loc. cit.*, pág. 9014). Se refiere este autor al aludir a ese baremo al conocido «Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación», recogido en el Anexo de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, la cual, por medio de su Disposición Adicional Octava, modificó la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, que pasó a denominarse, como consecuencia de dicha reforma, Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.

Sin embargo, la derogación del principio del resarcimiento integral no se aprecia únicamente en el seno de la responsabilidad derivada de accidentes de circulación –que, por otra parte, a pesar de lo que pudiera pensarse a la vista de su título, no sólo limita las indemnizaciones por daños no patrimoniales, sino que también las limita respecto al lucro cesante–, sino que, como señala el citado autor, “a parecido marco de responsabilidad se llega también con la construcción de responsabilidades objetivas de carácter legal, como son, entre otras, la patrimonial de la Administración Pública, navegación aérea, energía nuclear, productos defectuosos y consumo o prestación de servicios alimenticios, farmacéuticos, sanitarios y productos para niños, entre otros” (YÁÑEZ DE ANDRÉS, A., “Responsabilidad e indemnización...”, *Op. et loc. cit.*, pág. 9014).

Lo anterior pone de manifiesto que el principio de la reparación integral tiene, en nuestros días, una virtualidad más teórica que real³⁶⁹, por lo que se hace preciso, sobre todo, en el ámbito de los daños no patrimoniales, para los que el principio de la reparación integral no está adaptado³⁷⁰, la búsqueda de otros criterios que puedan guiar al intérprete a la hora de alcanzar la justa reparación de los perjuicios causados.

En ese sentido se han formulado por parte de la doctrina distintas propuestas dirigidas a paliar las limitaciones de las que adolece el principio del resarcimiento integral.

Es el caso de la propuesta formulada por los franceses VINEY y JOURDAIN, que se dirige a lograr dos objetivos esenciales: a) limitar la aplicación del principio de la reparación integral a los daños patrimoniales, por ser éstos los únicos perjuicios a los que tal principio se encuentra adaptado; y b) incluso, en el ámbito de dichos perjuicios económicos, corregir o modificar el principio de la *restitutio in integrum* para tener en cuenta ciertos imperativos, fundamentalmente de justicia, distintos de la propia reparación³⁷¹. Conforme a lo anterior, sugieren estos autores dos medios para hacer

³⁶⁹ Esta virtualidad más teórica que práctica del principio de reparación integral que, pese a todo, sigue siendo proclamado por algunos autores como "la directive essentielle en ce qui concerne l'évaluation des indemnités" (Vid. VINEY, G. y JOURDAIN, P., *Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, Op. cit., pág. 112) fue puesta de manifiesto gráficamente en el voto particular que el entonces magistrado del Tribunal Constitucional, Sr. Mendizábal Allende, formuló a la STC 181/2000, de 29 de junio, en la que afirmó: "(...) nuestra Constitución no contiene ninguna regla ni principio alguno que imponga la reparación total de los daños y perjuicios en los casos de indemnización cuya fuente fueren actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia (art. 1089 CC) como tampoco existen en el resto del ordenamiento jurídico. Se trata de un «desideratum», algo que se ve como deseable aún a sabiendas de la imposibilidad de hacerlo realidad y, por ello, con plena conciencia de su talante utópico, como muestra la lectura sosegada de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. No hay más reparación total que la «restitutio in integrum» cuando resulta viable. Las indemnizaciones en dinero son siempre aproximativas, nunca exactas por diversos motivos, el primero y principal la diferencia entre valor y precio; otro muy importante también, la concurrencia de elementos inmateriales, como el valor afectivo o el dolor moral y en fin la dificultad de probar no sólo el daño emergente sino el lucro cesante que ha obligado en ocasiones a utilizar el método estadístico, exacto en los grandes números pero impreciso en el caso individual. En definitiva se trata de una tendencia al modo weberiano que presiona para la aproximación al «tipo» ideal con la sospecha de que no será alcanzado jamás, un ejemplo entre muchos de la eterna aporía de Aquiles y la tortuga".

³⁷⁰ A diferencia de lo que acontece con estos daños, el principio de la reparación integral sí puede alcanzarse cuando de perjuicios patrimoniales se trata, por lo que, en el ámbito de estos daños, el recurso a criterios de valoración diferentes responde más a razones de conveniencia que a razones de necesidad, por lo que la exigencia de buscar pautas o principios de valoración del daño distintos al del resarcimiento integral no es tan apremiante como en el ámbito de los perjuicios extrapatrimoniales.

³⁷¹ VINEY, G. y JOURDAIN, P., *Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, Op. cit., pág. 120.

efectiva una reparación adecuada de los daños y perjuicios causados por el responsable³⁷².

El primero consiste en establecer diferencias entre las distintas categorías de perjuicios porque, en su opinión, para ciertos daños el imperativo de indemnización es mucho más urgente que para otros y esta realidad no es tenida en cuenta por el principio de la reparación integral, el cual sitúa todos los daños en un mismo plano, independientemente de cuál sea su naturaleza y su importancia. Así, en los casos de daños corporales, consideran que es más importante compensar o reparar los gastos derivados de la asistencia médica, las pérdidas de salarios y la incapacidad para el trabajo que los daños morales. E, igualmente, tratándose de perjuicios materiales, entienden que es más necesario asegurar su indemnización cuando sean de una entidad tal que puedan poner en peligro los medios de subsistencia del individuo o el equilibrio financiero de la empresa que los sufre que cuando tales daños sean insignificantes o simplemente leves.

Por otra parte, el segundo de los remedios que proponen los autores citados para alcanzar los objetivos señalados y, más concretamente, para evitar los excesos de indemnización que podrían derivarse, a su juicio, de una estricta aplicación del principio de la reparación integral, consiste en atribuir a los jueces la posibilidad de limitar las indemnizaciones cuando éstas resulten manifiestamente desproporcionadas en relación con la «legítima expectativa» del acreedor de la indemnización. Ese poder que se atribuiría a los jueces con carácter general podría fundamentarse, en opinión de VINEY y JOURDAIN, en el art. 1150 del CCFr. —equivalente al art. 1107 del CC español— y el mismo conduciría a la sustitución del principio de reparación integral por un principio de reparación equitativa o adecuada, que sería, a su juicio, más realista y más justo.

Observándolos con cierto detenimiento, hemos de afirmar que ninguno de los dos remedios propuestos por los autores franceses nos parece plenamente acertado.

En efecto, el primero, aun siendo cierto en su formulación, pues nadie duda que la reparación de determinados perjuicios puede resultar para el perjudicado más

³⁷² VINEY, G. y JOURDAIN, P., *Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, Op. cit., págs. 118 y 119.

apremiante que el resarcimiento de otros, implica dejar sin reparación daños que han derivado positivamente de la conducta dañosa del responsable, con lo que con su aplicación se estaría limitando la responsabilidad del dañador sin que exista motivo o razón legítima para ello, porque, de acuerdo con las normas positivas, el responsable debe asumir todas las consecuencias perjudiciales que hayan derivado de su conducta negligente.

Y, en cuanto al segundo de los remedios propuestos por VINEY y JOURDAIN como alternativa al principio de la reparación integral, debemos señalar que la atribución a los jueces, en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, de un poder general de moderación de las indemnizaciones basado en el art. 1150 del CCFr. no nos parece factible por las siguientes razones: a) Porque una gran parte de los autores, entre los que se encuentran los propios VINEY y JOURDAIN, niegan la posibilidad de extender al ámbito de la responsabilidad extracontractual el art. 1150 del CCFr.³⁷³, en virtud del cual la extensión de la indemnización de daños y perjuicios vendría modulada o definida en función del grado de culpa concurrente en la conducta del responsable; y b) porque cuando ese precepto ordena limitar la reparación, en caso de simple culpa o negligencia, a los daños previsibles en el momento de constituirse la obligación, no sólo ordena tener en cuenta el juicio de previsibilidad efectuado por el acreedor para el caso de que el deudor incumpliera su obligación (juicio al que parecen referirse los autores citados cuando aluden a la «expectativa legítima» del acreedor), sino que manda atender, también y fundamentalmente, al juicio de previsibilidad realizado por el deudor, es decir, a los daños y perjuicios que, en el momento de concertar la obligación, aquél se representó como probables para el caso de incumplimiento por su parte³⁷⁴. Así se deriva del propio fundamento de la norma que,

³⁷³ VINEY, G. y JOURDAIN, P., *Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, Op. cit., pág. 595. Con anterioridad y a modo de ejemplo, negaron la aplicación del art. 1150 del CCFr. a la responsabilidad extracontractual ESMEIN, P. (*Obligations*, en PLANIOL, M. y RIPERT, G., *Traité pratique de droit civil français*, Op. cit., pág. 921) y los hermanos MAZEAUD, para quienes "la regla (...) carece de aplicación en las obligaciones delictuales y cuasidelictuales; (...) Por eso, la limitación de la responsabilidad tan sólo al daño previsible (...) no se aplica fuera de la esfera contractual" (MAZEAUD, H., L. y J., *Lecciones de Derecho Civil*, Op. cit., pág. 406).

Sobre la opinión de los autores españoles en relación con el art. 1107 de nuestro CC, *vid. infra* Capítulo V: IV, 1 (Sobre la posible aplicación del art. 1107 del CC al ámbito de la responsabilidad civil extracontractual).

³⁷⁴ Ese carácter fundamental del juicio de previsibilidad realizado por el deudor es puesto de manifiesto por los hermanos MAZEAUD cuando exponen la razón por la cual, a su juicio, la aplicación del art. 1150 del CCFr. debe limitarse al ámbito de la responsabilidad contractual. Efectivamente, señalan esos autores que "mientras que la obligación contractual depende de la exclusiva voluntad de las partes,

según POTHIER, es precisamente "el de que las obligaciones que nacen de los contratos no pueden formarse más que por el consentimiento y la voluntad de las partes (...) el deudor, al obligarse al pago de daños y perjuicios que resultarían de la inejecución de su obligación, se reputa como no habiéndose entendido ni querido obligar más que hasta la suma a la cual él ha podido racionalmente prever que podían montar a lo más los dichos daños y perjuicios, y no más allá"³⁷⁵.

Descartada, por tanto, la propuesta de los autores franceses, hay que seguir buscando alternativas al principio de la *restitutio in integrum*. Sobre ellas se han pronunciado en nuestra doctrina, aunque limitando sus iniciativas a la reparación de los perjuicios no patrimoniales, DE ÁNGEL y VICENTE DOMINGO³⁷⁶. El primero considera que, ante la imposibilidad de hablar de una íntegra o completa reparación en el ámbito de los daños extrapatrimoniales, "lo que hoy inquieta (...) es la búsqueda de fórmulas que aseguren, simplemente, la igualdad entre las víctimas (...) "³⁷⁷. Por su parte, la segunda autora afirma que en los supuestos de daños extrapatrimoniales "la reparación íntegra se entiende que es una reparación «in concreto» "³⁷⁸.

A nuestro juicio, combinando las aportaciones de estos dos autores se logra una adecuada —más que íntegra o completa— reparación de los perjuicios extrapatrimoniales. En efecto, entendemos, con VICENTE DOMINGO, que es preciso procurar, en la medida de lo posible, una valoración concreta o particular del daño sufrido por el concreto perjudicado, de modo que el juzgador de instancia tome en consideración sus condiciones y circunstancias específicas, las cuales pueden determinar que el daño por él sufrido sea de una u otra intensidad. Pero, al mismo tiempo, consideramos que debe

que limita así su extensión a las obligaciones previsibles, el deudor delictual está obligado pese a él; su voluntad no podría bastar para restringir su obligación" (MAZEAUD, H., L. y J., *Lecciones de Derecho Civil*, Op. cit., pág. 406).

³⁷⁵ POTHIER, R.J., *Tratado de las obligaciones*, Edit. Heliasta, Buenos Aires, 1993 (traducción de la edición francesa de 1824 dirigida por M. Dupin), pág. 96.

³⁷⁶ También se ha manifestado, aunque en sentido divergente, MEDINA CRESPO, porque este autor, lejos de ofrecer criterios extralegales alternativos a la reparación íntegra considera que en el ámbito de los daños corporales es imprescindible la introducción de una regulación legal. A su juicio, sólo de ese modo la reparación completa podrá ser "efectiva, evitando los excesos (enriquecimiento injusto), pero también los defectos (empobrecimiento injusto), con introducción de normas ajustadas que permitan su cabal verificación". "Sin la existencia de una regulación legal, la reparación completa es, en verdad, ilusoria y prestigiosa. Pero en el entendimiento de que ha de tratarse de una regulación legal que se atenga al propósito de afirmar, como una verdadera realidad, la íntegra reparación del daño causado" (MEDINA CRESPO, M., *La valoración civil del daño corporal...*, Op. cit., Tomo I, pág. 147).

³⁷⁷ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Algunas previsiones sobre el futuro...*, Op. cit., pág. 59.

³⁷⁸ VICENTE DOMINGO, E., "El daño", Op. et loc. cit., pág. 282.

perseguirse, como afirma DE ÁNGEL, una igualdad o, al menos, una cierta homogeneidad en las indemnizaciones concedidas ante perjuicios semejantes, porque, ante la ausencia de criterios objetivos que permitan determinar con precisión el exacto daño padecido por cada individuo, debe entenderse que el perjuicio sufrido por las personas situadas en condiciones y circunstancias similares es igual para todas ellas.

Así, ante la existencia de un daño o perjuicio moral imputable a la conducta de un tercero, la labor del juez a los efectos de determinar el resarcimiento debido por aquel responsable consistirá, en primer lugar, en apreciar la situación particular del sujeto perjudicado en función de las circunstancias que lo rodean para proceder, en segundo término, a concretar la reparación debida, que deberá guardar similitud o conexión con las habitualmente concedidas en casos semejantes.

Esta última exigencia conlleva un análisis de las resoluciones judiciales recaídas con anterioridad en supuestos o hipótesis semejantes, pero únicamente tendría sentido si en la jurisprudencia se hubiera alcanzado ya un cierto grado de homogeneización. Sin embargo, hoy en día, en nuestro Ordenamiento jurídico nos encontramos todavía lejos de dicha armonización judicial en el ámbito de la reparación de los daños morales, por lo que para lograr los objetivos que hemos indicado sería necesaria una tarea previa por parte de los jueces, consistente en proceder a la fijación de las indemnizaciones consideradas oportunas en los distintos supuestos de daño extrapatrimonial. En la realización de esa compleja tarea se nos ocurre que los jueces podrían tomar como indicador del resarcimiento adecuado en cada caso la petición formulada por el perjudicado en su demanda, pues nadie mejor que él para valorar su propio daño, aunque sin olvidar que, en muchas ocasiones –tal vez, en la mayoría–, la naturaleza egoísta o especulativa de los individuos –tanto de los propios perjudicados como de sus abogados, los cuales, por lo general, obtendrán un mayor beneficio cuanto mayor sea la indemnización que consigan– les llevará a sobreestimar su propio sufrimiento con el fin de obtener algún provecho o beneficio, por lo que aquel indicador podría y debería, en esos casos, ser moderado por los jueces a la vista de su propia experiencia y de su buen criterio³⁷⁹.

³⁷⁹ Ya señaló CHARTIER que, en materia de valoración del daño moral, los jueces no deben dejarse llevar sin más por las demandas de las víctimas, sino que deben apreciar el daño que, a su juicio, presente un carácter normal, que resulte razonable (CHARTIER, Y., *La réparation du préjudice*, Edit. Dalloz, Paris, 1983, pág. 630).

Por su parte, respecto de los daños patrimoniales o económicos, entendemos que, siendo posible, en todo caso, alcanzar su íntegra reparación, habrá que procurarla siempre, porque ése parece ser el designio de los arts. 1902 y concordantes del CC, los cuales no establecen limitación alguna en cuanto al daño que debe ser reparado por el responsable. Así las cosas, solamente cuando sea el propio legislador el que, a través de normas especiales, introduzca derogaciones a esa regla general, resultará lícito limitar el principio del resarcimiento integral en el ámbito de los perjuicios patrimoniales o económicos.

2. EL PRINCIPIO DE LA APRECIACIÓN SUBJETIVA O CONCRETA DE LA MEDIDA DE LA REPARACIÓN

A la hora de precisar la medida de la reparación cabe recurrir a dos criterios diferentes: un criterio objetivo, en virtud del cual la medida de la reparación se concretaría en el valor objetivo o de mercado del bien deteriorado o destruido; y un criterio subjetivo, por medio del cual la reparación tendría por objeto o contenido el valor particular que ese bien representase para el concreto perjudicado, esto es, el valor de su específico interés³⁸⁰. Dicho de otro modo, habrá que decidir si se resarce el daño común, entendido éste como el que experimentaría cualquier persona a consecuencia del hecho dañoso; o el daño propio, es decir, el que soporta una persona concreta en función de sus particulares circunstancias³⁸¹.

La decisión de esta cuestión es importante porque la determinación de la medida de la reparación que corresponde a un mismo daño suele variar según se recurra a uno u otro criterio, ya que no es lo mismo atender a las utilidades genéricas que un bien es capaz de suministrar a cualquier persona, que tomar en consideración las utilidades

³⁸⁰ Aluden a estos criterios de determinación de la medida de la reparación DE CUPIS, A. (*El daño*, *Op. cit.*, pág. 344) y STIGLITZ, G.A. y ECHEVESTI, C.A. ("La determinación de la indemnización", en MOSSET ITURRASPE, J. (dir.), *Op. cit.*, pág. 297).

Otros autores utilizan los términos «valoración abstracta» y «valoración concreta», respectivamente. *Vid.*, por todos, el portugués PEREIRA COELHO, F.M., *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1955, pág. 252.

³⁸¹ Por su parte, las expresiones de «daño común» y «daño propio» son utilizadas por YZQUIERDO TOLSADA y, a nuestro juicio, resultan más acertadas que las anteriores porque con ellas se prescinde de la referencia al valor objetivo o de mercado, del que carecen los daños extrapatrimoniales, por lo que se comprenden en las expresiones citadas tanto los perjuicios materiales como los inmateriales (YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil...*, *Op. cit.*, pág. 144).

específicas que ese bien proporciona a un concreto individuo en función de las circunstancias particulares que concurren en él. En efecto, la consideración de estas últimas, es decir, la aplicación de un criterio subjetivo suele determinar que el valor del interés del sujeto sea superior o inferior al valor del bien objetivamente considerado, aunque excepcionalmente también podrá producirse una coincidencia entre ambos valores³⁸². Ejemplos que confirman esta afirmación se encuentran a diario en la vida real: así, es evidente que el daño consistente en la amputación de una pierna no será el mismo para un oficinista que para un futbolista profesional ni será igual para una persona que antes del accidente conservaba ambas piernas que para aquella otra que, en ese momento, carecía ya de una; e, igualmente, el incendio de una finca no causará el mismo daño a su propietario si éste no la aprovechaba que si la dedicaba a siembra para vender los frutos producidos cada temporada, representando así todo o parte de su sustento económico.

Así las cosas, ¿cuál será el criterio a aplicar para calcular la medida del resarcimiento?

Teniendo en cuenta que el Derecho no tutela bienes, sino intereses y que el fin de la reparación consiste en reponer al perjudicado en una situación lo más parecida posible a aquélla en la que se encontraría si el hecho dañoso no hubiera tenido lugar, parece que lo más correcto es que la medida de la reparación, en lugar de concretarse en el valor objetivo de los bienes dañados, corresponda a la concreta utilidad que esos bienes proporcionaban al sujeto perjudicado. Habrá que aplicar, así, un criterio subjetivo o concreto de apreciación del daño que tenga en cuenta el específico interés del sujeto perjudicado, porque solamente de ese modo se podrá alcanzar la íntegra o completa reparación del daño padecido por aquél.

Así lo entiende la generalidad de la doctrina, tanto española como extranjera, que reconoce que el criterio subjetivo, heredado ya del Derecho romano e volucionado³⁸³,

³⁸² Así lo observaron los italianos TEDESCHI, G., "Il danno e il momento della sua determinazione", *Op. et loc. cit.*, pág. 273 y DE CUPIS, A., *El daño*, *Op. cit.*, pág. 349.

³⁸³ A diferencia de lo que ocurría en el Derecho romano antiguo, que, como pone de relieve TEDESCHI, atendía al valor objetivo de la cosa dañada, aumentándolo después por la función penal que la *lex Aquilia* asignaba al resarcimiento (TEDESCHI, G., "Il danno e il momento della sua determinazione", *Op. et loc. cit.*, pág. 273).

constituye en el Derecho actual la regla, desempeñando el criterio objetivo un papel meramente excepcional o accesorio³⁸⁴.

En efecto, el principio de la apreciación *in concreto* del daño o perjuicio implica que los jueces, a la hora de determinar la medida del daño y, en consecuencia, la medida de la reparación, no se encuentran vinculados, salvo casos excepcionales, por reglas preestablecidas, tales como pretendidos usos, baremos, etc³⁸⁵. Por el contrario, deben apreciar cada daño de forma soberana a través del método que consideren más oportuno, teniendo en cuenta, en todo caso, las circunstancias que contribuyen a caracterizar el daño causado. En concreto, deben tomarse en consideración las circunstancias personales del perjudicado que inciden sobre el daño, como son los aspectos social, profesional, familiar y psíquico de la persona dañada, su edad y aquellas otras circunstancias que asuman relevancia en la determinación del daño producido³⁸⁶.

Ahora bien, lo anterior no significa que el criterio objetivo no juegue ningún papel ni, en consecuencia, que el criterio subjetivo sea absoluto. Por el contrario, los autores

³⁸⁴ Entre los autores españoles que se pronuncian expresamente a favor del criterio subjetivo, *vid.*, BORREL MACIÁ, A., *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil*, *Op. cit.*, pág. 178; PANTALEÓN PRIETO, F., "Comentario al art. 1902 CC", *Op. et loc. cit.*, pág. 1990; ROCA TRÍAS, E., *Derecho de Daños. Textos y materiales*, *Op. cit.*, pág. 127; e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil...*, *Op. cit.*, pág. 145.

En la doctrina extranjera, *vid.*, entre otros, al alemán VON THUR, A., *Tratado de las Obligaciones*, *Op. cit.*, Tomo I, pág. 83; a los franceses CHARTIER, Y. (*La réparation du préjudice*, *Op. cit.*, pág. 625) y DEJEAN de la BÂTIE, N. ("L'obligation de réparer", en AUBRY y RAU, *Droit civil français*, *Op. cit.*, pág. 183); al italiano DE CUPIS, A., *El daño*, *Op. cit.*, págs. 344 y 748; a los argentinos STIGLITZ, G.A. y ECHEVESTI, C.A., "La determinación de la indemnización", en MOSSET ITURRASPE, J. (dir.), *Op. cit.*, págs. 297 y 298; y a los portugueses GOMES DA SILVA, M. (*O dever de prestar e o dever de indemnizar*, *Op. cit.*, pág. 126-127), PEREIRA COELHO, F.M. (*O problema da causa virtual...*, *Op. cit.*, pág. 253), VAZ SERRA, A. ("Obrigação de indemnização", *Boletim do Ministerio da Justiça*, n° 84, 1959, págs. 13 y 171), RUI DE ALARCÃO (*Direito das Obrigações*, *Op. cit.*, págs. 272 y 273), ANTUNES VARELA, J. (*Das obrigações em geral*, *Op. cit.*, pág. 905), ALMEIDA COSTA, M.J. (*Direito das Obrigações*, *Op. cit.*, pág. 721) y FREITAS RANGEL, R.M. (*A reparação judicial dos danos na responsabilidade civil...*, *Op. cit.*, pág. 31).

³⁸⁵ En efecto, así lo declaró recientemente nuestro Tribunal Supremo en sentencia de la Sala Iª de 20 de junio de 2003 (RJ 4250), en la que se casó la sentencia impugnada en un supuesto en el que se aplicó análogicamente el Sistema para la Valoración de Daños Personales previsto en el anexo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, bajo el argumento de que "lo procedente es procurar la reparación íntegra del daño causado sin limitaciones impuestas por un sistema no aplicable al caso litigioso". A juicio del Alto Tribunal, la utilización de los parámetros de valoración del sistema previsto para los accidentes de circulación a un supuesto no encuadrable en tal categoría (en el caso, caída de la perjudicada en una cafetería) supuso que "el tribunal acabó introduciendo en perjuicio de la actora-recurrente unos límites cuantitativos que la ley no quiere para casos de responsabilidad civil ajenos a ese ámbito concreto, incurriendo así en la infracción de normas y jurisprudencia (...)" (F.J. 4º).

³⁸⁶ CHARTIER, Y., *La réparation du préjudice*, *Op. cit.*, págs. 625-628 y DEJEAN de la BÂTIE, N., "L'obligation de réparer", en AUBRY y RAU, *Droit civil français*, *Op. cit.*, pág. 183.

entienden que el criterio objetivo, el que atiende al valor de mercado del bien dañado o destruido, ha de tenerse siempre presente, en cuanto que representa el valor de compra o de cambio del bien, por lo que integra o constituye, en sí mismo, una de las utilidades de éste³⁸⁷. Por esta razón, mientras no se acredite ninguna otra circunstancia capaz de modificar, al alza o a la baja, la medida del daño, el valor objetivo del bien deberá servir como pauta orientadora del perjuicio sufrido por el perjudicado^{388 389}.

Por otra parte, se observa igualmente que el principio de la apreciación *in concreto*, lejos de ser absoluto, está sometido a ciertos límites. Así, habrá circunstancias personales del sujeto perjudicado que no deban tomarse en consideración a la hora de determinar la medida del resarcimiento. Es lo que ocurre con su situación económica, pues si se atendiera a ésta para apreciar la medida del perjuicio, se podría acabar por concederle, en función de su mayor o menor capacidad económica, una reparación inferior o superior al daño efectivamente causado, con lo que se vulneraría así el principio del resarcimiento integral³⁹⁰. O lo que acontece con la circunstancia de que el perjudicado tenga contratado un seguro, pues en la medida en que la indemnización que percibe de éste tiene su origen en las primas satisfechas por el asegurado, la existencia del mismo no debe excluir su derecho a que su daño sea reparado por el responsable, salvo que la compañía aseguradora haya pactado su derecho de subrogación en el lugar del asegurado perjudicado³⁹¹.

Y todo ello sin olvidar, igualmente, que el principio de apreciación concreta no excluye la posibilidad de que los órganos judiciales recurran, al menos con carácter orientativo, al análisis de las sentencias recaídas en casos análogos para determinar la adecuada medida de la reparación debida por el responsable.

³⁸⁷ DE CUPIS, A., *El daño*, *Op. cit.*, pág. 349-350.

³⁸⁸ STIGLITZ, G.A. y ECHEVESTI, C.A., "La determinación de la indemnización", en MOSSET ITURRASPE, J. (dir.), *Op. cit.*, pág. 297.

³⁸⁹ Obsérvese que estas dos últimas afirmaciones son válidas, en general, para los perjuicios patrimoniales, por ser los únicos que disponen de valor en venta o valor de cambio. Siendo así, hablar de criterio objetivo en relación con los daños extrapatrimoniales supone referirse al daño común, al que se determina por referencia a cualquier persona, sin tomar en consideración las circunstancias específicas del sujeto perjudicado.

³⁹⁰ Así lo entiende la francesa COURTOIS, H., "La réparation", en RODIÈRE, R. (Dir.), *La responsabilité délictuelle dans la jurisprudence*, Librairies Techniques, Paris, 1978, pág. 298.

³⁹¹ CHARTIER, Y., *La réparation du préjudice*, *Op. cit.*, pág. 629.

En cuanto a nuestra jurisprudencia, como ejemplo de la acogida del criterio subjetivo o concreto podemos mencionar la SAP de Barcelona de 2 noviembre de 2000³⁹². Alude esta sentencia a una demanda interpuesta por la entidad «Serveis Immobiliaris Cabrils, S.L.», empresa dedicada a la intermediación inmobiliaria, contra «Telefónica de España, S.A.» por el incorrecto funcionamiento de las líneas telefónicas contratadas por la demandante, funcionamiento defectuoso que se concretaba en que, en ocasiones, durante el período comprendido entre octubre de 1996 y junio de 1997, no se recibían las llamadas procedentes del exterior. La entidad prestadora del servicio de telefonía había reintegrado a su contratante las cuotas satisfechas durante los meses en que el servicio no fue satisfactorio, pero, a pesar de ello, la entidad afectada por el incorrecto funcionamiento de la línea telefónica reclamó, por medio de la demanda interpuesta en Primera Instancia, la indemnización de los perjuicios sufridos a causa de aquél. Esa demanda fue desestimada, por lo que la actora interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial. Ésta, tras dar por probado el relato fáctico aportado por la entidad apelante, vierte consideraciones como las siguientes: *“no cabe sino admitir «a priori» la indudable repercusión que para una empresa que se dedica a la intermediación inmobiliaria y que desempeña su actividad en buena medida mediante la inserción de anuncios en medios de comunicación, ofreciendo como fundamental – aunque no siempre único – sistema de contacto para los posibles compradores la indicación de los números de teléfono a donde pueden dirigirse, hubo de tener la avería de las líneas telefónicas”*; o *“Tampoco se ha de perder de vista que el problema no era sencillo de detectar para la demandante pues lo que ocurría era que no siempre entraban las llamadas, llamadas que en buena medida (estamos hablando de teléfonos comerciales) hay que presumir serían de potenciales clientes”*. Estas consideraciones son las que el Tribunal tiene en cuenta a la hora de valorar el daño y, por tanto, de cuantificar la indemnización debida por la demandada «Telefónica de España S.A.» a la entidad actora. Así, basándose en los pedimentos de esta última, que solicitaba que se fijase como indemnización una proporción de los gastos de publicidad, personal y mantenimiento en general de la empresa durante el período en el que se detectaron los problemas en las líneas telefónicas, concluyó el Tribunal que, si bien no hay base suficiente para hacer responder a la entidad demandada de un porcentaje de los gastos fijos generales y de personal de «Serveis Immobiliaris Cabrils, S.L.», no sucede lo mismo con la inversión realizada por ésta en publicidad durante el mismo período,

³⁹² AC 2001/33.

puesto que parte de esa inversión (no toda, porque el funcionamiento de las líneas telefónicas era intermitente y en algunos anuncios aparecía también la dirección de las oficinas de la actora) resultó inútil por causa imputable a la demandada. Basándose en todo lo anterior, la Audiencia condenó a la demandada a satisfacer a la actora una indemnización que fijó en el 50% del gasto realizado en publicidad durante el período señalado y que, traducida en dinero, dio como resultado la cantidad de 1.141.561 pesetas.

Este ejemplo pone de manifiesto que el Tribunal ha tenido en cuenta el daño propio, pues resulta evidente que si hubiera prescindido de las concretas circunstancias de la actora (ser entidad dedicada a la intermediación inmobiliaria, realizando gran parte de sus operaciones por vía telefónica), la valoración del perjuicio, en el improbable caso de haberse apreciado éste³⁹³, no habría alcanzado dicha suma.

Con anterioridad, la SAP de Álava de 12 de septiembre de 1996 había afirmado, acogiendo con alcance general el principio que nos ocupa que: *“debemos atender principalmente al valor íntegro, es decir, la traslación económica del bien desde la perspectiva de la utilidad que reporta a su dueño, haciendo abstracción de su valor en cambio. Este es cabalmente el sentido de la «restitutio in integrum» (...)”*³⁹⁴.

3. EL MOMENTO DE LA VALORACIÓN DEL DAÑO RESARCIBLE

Una tercera máxima de la reparación de los daños y perjuicios, que, al igual que la anterior, se formula bajo la influencia del principio de la reparación integral³⁹⁵, es la que

³⁹³ En efecto, la apreciación de la existencia del perjuicio no parece probable de haber sido el perjudicado un particular cuyo medio de subsistencia no dependiese del teléfono. Sobre todo, teniendo en cuenta que la empresa prestadora del servicio telefónico defectuoso reintegró al perjudicado las cantidades percibidas durante el período en que tuvo lugar el mal funcionamiento de la línea.

³⁹⁴ AC 2482.

³⁹⁵ Son muchos los autores que expresamente ponen de relieve la relación del momento en que debe valorarse el daño con el principio del resarcimiento integral. Entre ellos, destaca en nuestra doctrina YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil...*, Op. cit., pág. 496; en la doctrina italiana, TEDESCHI, G., “Il danno e il momento della sua determinazione”, Op. et loc. cit., pág. 264; en la argentina, STIGLITZ, G.A. y ECHEVESTI, C.A., “La determinación de la indemnización”, en MOSSET ITURRASPE, J. (dir.), Op. cit., págs. 309 y 311; y en Francia, MAZEAUD, H., L. y J. (Lecciones de Derecho Civil, Op. cit., págs. 398 y 400), LE TOURNEAU, P. (La responsabilité civile, Op. cit., pág. 368), CHARTIER, Y. (La réparation du préjudice, Op. cit., págs. 568 y 578) y VINEY, G. y JOURDAIN, P. (Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité, Op. cit., pág. 139).

manda atender, para determinar la medida del daño resarcible, al momento en que las partes adoptan el acuerdo transaccional o el juez dicta la sentencia relativa al juicio de responsabilidad³⁹⁶.

Esta regla general de la reparación de los daños y perjuicios fue forjada por la doctrina —y aceptada por la jurisprudencia³⁹⁷— a la vista de las indeseables consecuencias que resultaban de valorar el daño teniendo en cuenta el interés dañado tal y como se encontraba al tiempo de materializarse el perjuicio. En efecto, la aplicación de este último criterio impedía tomar en consideración las variaciones que, bien afectando a la propia entidad del perjuicio (variaciones intrínsecas), bien recayendo sobre el valor de la moneda en que iba a concretarse la indemnización (variaciones extrínsecas)³⁹⁸, podían incidir sobre el interés dañado entre el momento de la aparición del daño y el momento de su efectiva reparación. Y la falta de consideración de tales variaciones, cuando las mismas se produjeran, conducía irremediablemente a una

Más en general, LE TOURNEAU eleva la regla de la *restitutio in integrum* a gran principio respecto del cual se articulan todos los demás en materia de responsabilidad civil extracontractual (LE TOURNEAU, P., *La responsabilité civile*, Op. cit., pág. 344).

³⁹⁶ El momento de la sentencia es tomado como referencia para la fijación del daño por la generalidad de los autores. Así, el español SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil*..., Op. cit., pág. 332; los italianos TEDESCHI, G. ("Il danno e il momento della sua determinazione", Op. et loc. cit., pág. 265), SCOGNAMIGLIO, R. (voz «Risarcimento del danno», Op. et loc. cit., pág. 14) y BALDASSARI, A. (*Il danno patrimoniale*, Op. cit., pág. 813); los argentinos STIGLITZ, G.A. y ECHEVESTI, C.A., "La determinación de la indemnización", en MOSSET ITURRASPE, J. (dir.), Op. cit., pág. 310; los portugueses PEREIRA COELHO, F.M. (*O problema da causa virtual*..., Op. cit., pág. 274), VAZ SERRA, A. ("Obrigação de indemnização", Op. et loc. cit., pág. 250) y BAPTISTA MARQUES, A. (*Da responsabilidade civil extracontractual*, Op. cit., pág. 44); o los franceses LE TOURNEAU, P. (*La responsabilité civile*, Op. cit., pág. 368), CHARTIER, Y. (*La réparation du préjudice*, Op. cit., págs. 569, 571 y 572), JOURDAIN, P. (*Les principes de la responsabilité civile*, Op. cit., pág. 137) y VINEY, G. y JOURDAIN, P. (*Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, Op. cit., pág. 138).

Otros autores, aun tomando el momento de la sentencia como punto de partida, matizan su postura en el sentido de considerar como momento relevante para la determinación del daño resarcible aquél en el que se liquida o, incluso, aquél en el que se hace efectiva la deuda indemnizatoria. Esta posición, que nosotros consideramos más acertada, es defendida por autores de distintas latitudes, como PANTALEÓN, en España (PANTALEÓN PRIETO, F., "Comentario al art. 1902 CC", Op. et loc. cit., pág. 1993); DE CUPIS, en Italia (DE CUPIS, A., *El daño*, Op. cit., pág. 368); GALVÃO TELLES, en Portugal (GALVÃO TELLES, I., *Manual de Direito das Obrigações*, Op. cit., pág. 214); y los hermanos MAZEAUD, en Francia (MAZEAUD, H., L. y J., *Lecciones de Derecho Civil*, Op. cit., pág. 399).

³⁹⁷ En ese sentido, vid. STS (Sala 3ª) de 2 de febrero de 1980 (RJ 743), en la que se afirma que es "en el momento de la sentencia cuando la situación a enjuiciar resulta más definitiva y completa, punto de vista que ha sido destacado para referir a este tiempo el momento de la valoración del daño".

³⁹⁸ Emplean esas denominaciones los franceses MAZEAUD, H., L. y J. y CHABAS, F. (*Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Tomo III, Vol. 1º, 6ª ed., Éditions Montchrestien, París, 1978, págs. 786 y 796) y JOURDAIN, P. (*Les principes de la responsabilité civile*, Op. cit., pág. 137), así como los argentinos STIGLITZ, G.A. y ECHEVESTI, C.A., "La determinación de la indemnización", en MOSSET ITURRASPE, J. (dir.), Op. cit., pág. 310.

defectuosa (por exceso o por defecto) reparación del daño causado, vulneradora del tan manido principio del resarcimiento íntegro³⁹⁹.

Veamos, pues, con mayor detalle cada una de las categorías en las que pueden agruparse las posibles variaciones del daño.

3.1. Variaciones intrínsecas

Con esta expresión se hace referencia a las agravaciones o atenuaciones que experimenta el daño en su propia entidad o sustancia desde el día en que el mismo se produce hasta el momento en que tiene lugar el acuerdo extrajudicial de las partes o se dicta la sentencia que decide sobre la responsabilidad del agente.

Efectivamente, el daño no es por naturaleza un fenómeno estático, sino que puede evolucionar con el transcurso del tiempo, aumentando o disminuyendo en intensidad o importancia⁴⁰⁰. De este modo, si dinámico es el daño, dinámico habrá de ser igualmente el proceso de valoración del mismo de cara a la fijación de la medida de la reparación. En otras palabras, a la hora de determinar la reparación debida, las partes o el juez no pueden limitarse a apreciar el daño tal y como se mostró en el momento de su aparición, sino que deben tomar en consideración las modificaciones que, guardando relación causal con el hecho que le dio origen⁴⁰¹, hayan afectado a la entidad de ese daño desde el momento de su producción hasta el del acuerdo o sentencia, porque sólo de esa forma

³⁹⁹ Como señala COURTOIS fue precisamente la consideración del principio de resarcimiento integral del daño la que llevó a la jurisprudencia francesa a considerar la fecha de la sentencia como el momento a tener en cuenta para proceder a valorar el daño causado, pudiendo tomar en consideración así las variaciones de éste (COURTOIS, H., "La réparation", *Op. et loc. cit.*, pág. 327).

⁴⁰⁰ En efecto, como señaló PEREIRA COELHO, "o crédito à indemnização nasce no momento da verificação do dano real. (...) O lesado é, desde aquele momento, credor do dano a indemnizar, mas o «dano a indemnizar» é uma entidade que continuamente pode modificar-se, aumentar ou diminuir, até ao momento tido por decisivo para o seu cálculo (...)" (PEREIRA COELHO, F.M., *O problema da causa virtual...*, *Op. cit.*, pág. 273).

⁴⁰¹ Esa puntualización, importantísima en cuanto viene a excluir de la toma en consideración hechos exteriores o ajenos a la conducta del responsable, la realizó expresamente CHARTIER, Y., *La réparation du préjudice*, *Op. cit.*, pág. 573. Posteriormente, aclaró también que la agravación del daño no es imputable al responsable cuando es debida a una causa exterior e independiente a la conducta de aquél DEJEAN de la BÂTIE, N., "L'obligation de réparer", en AUBRY y RAU, *Droit civil français*, *Op. cit.*, pág. 189.

Parece referirse igualmente a la existencia de esa relación causal el italiano TEDESCHI cuando afirma que "si deve trattare, naturalmente, perchè se ne possa tener conto, di fatti rilevanti per l'entità del danno", excluyendo, a continuación, de esa toma en consideración la hipótesis en la que el dañado hubiera vendido la cosa, hubiera muerto por otra causa, etc. (TEDESCHI, G., "Il danno e il momento della sua determinazione", *Op. et loc. cit.*, pág. 265).

se logrará una reparación ajustada a la realidad del perjuicio. En caso contrario, si el daño disminuyese tras su aparición y esa disminución no fuese tenida en cuenta al fijar el montante de la reparación, se estaría reparando un daño que no se ha padecido y, a la inversa, si una agravación posterior del perjuicio no fuese atendida, el perjudicado no resultaría indemnizado por la totalidad del daño que se le ha causado⁴⁰².

Hasta ahora, hemos contemplado supuestos en los que el daño se prolonga, aun con variaciones, a lo largo de todo el intervalo temporal que transcurre entre su aparición y el momento en que se decide sobre la reparación. Sin embargo, es posible que el perjuicio llegue a su fin antes de este último momento. Si eso ocurre no cabe entender que deba negarse toda reparación por el hecho de que el daño ya no existe en el momento en que tiene lugar el acuerdo de las partes o la sentencia judicial. Por el contrario, en tales hipótesis habrá igualmente derecho a reparación, si bien esa reparación habrá de limitarse a la duración real o efectiva del perjuicio⁴⁰³.

E, inversamente, debido a su carácter dinámico, es posible que el perjuicio siga variando (aumentando o disminuyendo) después de logrado el acuerdo extrajudicial o después de pronunciada sentencia. Pues bien, cuando esas variaciones futuras resulten con seguridad previsibles en el momento de fijar la reparación debida, también deberán ser tenidas en cuenta a los efectos de integrarlas en el cálculo del resarcimiento debido⁴⁰⁴.

Sin embargo, cuando la reparación es fijada en sede judicial, un límite procesal se impone a la posibilidad de contemplar todas las variaciones intrínsecas del perjuicio⁴⁰⁵. Efectivamente, en esos casos, no todas las variaciones intrínsecas que se produzcan

⁴⁰² Así lo entienden, tomando como ejemplo el estado de la víctima de un accidente, los MAZEAUD, H., L. y J., *Lecciones de Derecho Civil*, Op. cit., pág. 398-399.

⁴⁰³ En ese sentido, CHARTIER, Y. (*La réparation du préjudice*, Op. cit., pág. 571-572); DEJEAN de la BÂTIE, N. ("L'obligation de réparer", en AUBRY y RAU, *Droit civil français*, Op. cit., pág. 188-189) y VINEY, G. y JOURDAIN, P. (*Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, Op. cit., pág. 141).

⁴⁰⁴ Así lo entienden los MAZEAUD, H., L. y J. (*Lecciones de Derecho Civil*, Op. cit., pág. 402), JOURDAIN, P. (*Les principes de la responsabilité civile*, Op. cit., pág. 138) y VINEY, G. y JOURDAIN, P. (*Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, Op. cit., págs. 143 y 148).

⁴⁰⁵ En este sentido, ya TEDESCHI puso de manifiesto hace tiempo que "dicendo che il giudice deve determinare il danno come gli appare al momento della sentenza si vuol semplicemente dire che, salvo ciò che deriva dalle regole processuali, non v'è limite posto alla sua possibilità di cognizione, che di tutti i fatti influenti sull'an o sul quantum del danno che gli constino egli deve tener conto" (TEDESCHI, G., "Il danno e il momento della sua determinazione", Op. et loc. cit., pág. 265).

antes de la sentencia pueden ser tenidas en cuenta por los jueces y Tribunales, porque éstos han de respetar el principio procesal de congruencia, que en nuestro Ordenamiento jurídico se recoge en el art. 218 de la LEC. Según este principio, las sentencias deben ser congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas por las partes, de modo tal que en las mismas se ventilen todas las cuestiones y se decidan todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate entablado entre las partes, además de condenar o absolver al demandado. Este principio supone que el Tribunal sólo puede valorar los daños que hayan sido alegados y probados por el actor en el curso del proceso⁴⁰⁶, lo que implica que si antes de la sentencia, pero con posterioridad a la preclusión de los trámites previstos para la alegación de hechos y para la formulación de pretensiones, se producen agravaciones de daños ya manifestados o surgen daños nuevos conectados causalmente con el hecho dañoso, el juez no podrá tenerlos en cuenta. Nada impedirá, no obstante, que, en tales hipótesis, el actor inicie con posterioridad un nuevo proceso en reclamación de tales perjuicios, puesto que no existirá, respecto de ellos, cosa juzgada⁴⁰⁷, como así se desprende del tenor literal del párrafo 2º del art. 222 LEC, según el cual: *“se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularen”*.

Con la referencia a este precepto queda resuelta igualmente la cuestión relativa a la posibilidad de tener en cuenta las agravaciones de daños ya manifestados que se produzcan después de dictada sentencia, así como los nuevos perjuicios que, causalmente conectados al evento dañoso, puedan surgir con posterioridad a aquélla. Tanto respecto de unos como de otros se admite de forma generalizada la solución apuntada por nuestra LEC, esto es, la posibilidad de iniciar un nuevo proceso en reclamación de la reparación oportuna, sin que quepa oponer en ningún caso la

⁴⁰⁶ En ese sentido, LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, Vol. Segundo, *Op. cit.*, pág. 511.

⁴⁰⁷ Incluso, como señalan VINEY y JOURDAIN, para que el juez pueda conocer de ese nuevo daño no es preciso que el mismo no haya podido ser conocido por aquél en el juicio anterior porque todavía no se hubiera producido en ese momento o porque cuando apareció hubieran precluido ya los trámites oportunos para su alegación, sino que basta con que el perjuicio que ahora se reclama no hubiera sido incluido en la demanda inicial, es decir, basta con que el juez no se hubiera pronunciado sobre él (VINEY, G. y JOURDAIN, P. *Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, *Op. cit.*, pág. 159).

excepción de cosa juzgada, en cuanto se está ante un nuevo daño que no fue alegado en el anterior proceso, faltando así la identidad de objeto entre ambos juicios⁴⁰⁸.

Por su parte, cuando con posterioridad a la transacción o a la sentencia y, por tanto, a la fijación de la reparación debida, se produce, no ya una agravación del daño, sino una disminución del mismo, los autores no son partidarios de tomarla en consideración para reducir la medida del resarcimiento. En tales casos afirman los MAZEAUD que se vulneraría la autoridad de la cosa juzgada, pues "*pretender que el perjuicio es inferior al que fue considerado por el juez, es sostener que el juez se ha equivocado al no prever la mejoría del estado de la víctima. En caso de agravación, la dificultad se elude haciendo de la agravación un perjuicio distinto del perjuicio originario; semejante sutileza no resulta posible en caso de mejoría*"⁴⁰⁹. Sea como fuere, las disminuciones del perjuicio posteriores a la sentencia son irrelevantes en todo caso, salvo que la indemnización fuera fijada en forma de renta y en la misma se previeran, además, cláusulas de revisión de dicha renta para el concreto supuesto de disminución del daño⁴¹⁰.

Esta diferencia de trato entre las agravaciones y disminuciones del daño que se producen con posterioridad a la sentencia⁴¹¹ ha sido justificada por los franceses VINEY y JOURDAIN sobre la base de un argumento de oportunidad. Entienden los insignes juristas que si se permitiera al responsable y a su asegurador obtener una reducción de la

⁴⁰⁸ Así lo entienden, entre otros: los españoles PANTALEÓN PRIETO, F. ("Comentario al art. 1902 CC", *Op. et loc. cit.*, pág. 1993) y SANTOS BRIZ, J. (*La responsabilidad civil...*, *Op. cit.*, pág. 332); el italiano BALDASSARI, A., *Il danno patrimoniale*, *Op. cit.*, pág. 813; los argentinos STIGLITZ, G.A. y ECHEVESTI, C.A., "La determinación de la indemnización", en MOSSET ITURRASPE, J. (dir.), *Op. cit.*, págs. 314 y 315; y los franceses MAZEAUD, H., L. y J. (*Lecciones de Derecho Civil*, *Op. cit.*, pág. 403), LE TOURNEAU, P. (*La responsabilité civile*, *Op. cit.*, pág. 374), CHARTIER, Y. (*La réparation du préjudice*, *Op. cit.*, pág. 872-873) y VINEY, G. y JOURDAIN, P. (*Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, *Op. cit.*, págs. 156-159 y 163).

⁴⁰⁹ MAZEAUD, H., L. y J., *Lecciones de Derecho Civil*, *Op. cit.*, pág. 403-404. Comparten la misma opinión sobre la justificación de la irrelevancia de las disminuciones del perjuicio posteriores a la sentencia sus compatriotas LE TOURNEAU, P. (*La responsabilité civile*, *Op. cit.*, pág. 376) y VINEY, G. y JOURDAIN, P. (*Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, *Op. cit.*, pág. 155).

⁴¹⁰ Es decir, la irrelevancia de las disminuciones posteriores del perjuicio tiene lugar siempre que la indemnización se fije en forma de capital y también cuando se fije en forma de renta, salvo que, en esta última hipótesis, se hayan previsto expresamente cláusulas de revisión con fundamento en dichas disminuciones. Así lo entienden CHARTIER, Y. (*La réparation du préjudice*, *Op. cit.*, págs. 883 y 885) y VINEY, G. y JOURDAIN, P. (*Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, *Op. cit.*, págs. 154 y 155).

⁴¹¹ Diferencia de trato que, calificada por LE TOURNEAU como arbitraria y contraria al buen sentido, le conduce a un llamamiento a la prudencia dirigido a los jueces que deben proceder a la fijación de indemnizaciones que —señala— pueden aumentar ulteriormente sin que, en cambio, puedan disminuir (LE TOURNEAU, P., *La responsabilité civile*, *Op. cit.*, pág. 376).

indemnización debida demostrando la mejora del estado de la víctima, se sometería a ésta a una gran inseguridad y a un estado de sujeción difícilmente soportable porque se le podría obligar a exponerse a controles constantes⁴¹².

Lo cierto es que, fuera de una excepcional protección a la víctima del perjuicio, nada parece justificar esa diferencia de trato: ni el principio de cosa juzgada, que debería producir los mismos efectos tanto para los supuestos de agravación como para los de disminución del daño⁴¹³; ni el principio del resarcimiento integral, que del mismo modo que manda reparar la totalidad del daño causado, prohíbe resarcir en medida superior al perjuicio realmente producido.

Por esta razón, la solución a este problema debería pasar, a nuestro juicio, por una reducción de las indemnizaciones en forma de capital en el ámbito de los perjuicios tradicionalmente susceptibles de evolucionar con el tiempo (fundamentalmente, las lesiones corporales) en favor de un incremento de las indemnizaciones concedidas en forma de renta, de modo tal que éstas contuvieran cláusulas periódicas de revisión del estado de la víctima, revisiones éstas que, llevadas a cabo por expertos, permitieran tomar en consideración tanto las agravaciones como las mejorías experimentadas en sus lesiones⁴¹⁴.

3.2. Variaciones extrínsecas

Éstas vienen representadas, no por un cambio en la entidad o materialidad del daño, sino por una alteración en su apreciación económica, que es debida a la fluctuación monetaria. Es decir, en estos casos el daño no varía, pero sí lo hace el valor del dinero en curso y, por tanto, la cantidad de unidades monetarias que se precisan para representar la medida del interés dañado, esto es, para colocar al perjudicado en una situación lo más parecida posible a aquélla en la que se encontraría si el evento dañoso no hubiese tenido lugar o, de ser ello imposible, para compensarle el daño sufrido. Y es evidente que en el mundo en que vivimos, en el que la depreciación monetaria es una

⁴¹² VINEY, G. y JOURDAIN, P., *Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, Op. cit., pág. 163.

⁴¹³ Así, también, VINEY, G. y JOURDAIN, P., *Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, Op. cit., pág. 163.

⁴¹⁴ En sentido similar, VINEY, G. y JOURDAIN, P., *Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, Op. cit., págs. 149 y 163.

constante, la cuestión de si esa depreciación debe ser o no tomada en consideración por el juez a la hora de valorar el daño adquiere una innegable importancia práctica⁴¹⁵.

Aunque inicialmente se oponía a la toma en consideración de la fluctuación monetaria el principio nominalista aplicable a las obligaciones pecuniarias, según el cual el deudor queda liberado entregando al acreedor la suma expresada en el título de la obligación, hoy está fuera de toda duda que las deudas debidas en concepto de resarcimiento de daños y perjuicios no son deudas de suma, sino deudas de valor⁴¹⁶, por lo que debe tenerse en cuenta, al fijar la cantidad debida a título de indemnización, la devaluación de la moneda producida entre el momento de la causación del daño y el momento en que tiene lugar la liquidación de la indemnización. Se emplea, por tanto, el llamado principio valorista.

Es cierto, sin embargo, que la aplicación de este principio no es fácil, sobre todo, cuando nos enfrentamos a la valoración de daños futuros (*v.gr.*, los que pueden derivar de una incapacidad permanente), porque en estos casos no es posible prever con total seguridad las fluctuaciones monetarias que tendrán lugar en un momento posterior⁴¹⁷. Además, en tales hipótesis suelen concederse indemnizaciones en forma de capital, cuando no cabe duda que la valoración de tales daños resultaría mucho más acertada si la indemnización fuese fijada en forma de renta. En efecto, mientras que la primera sólo podría tomar en consideración la depreciación de la moneda que tuviese lugar hasta el

⁴¹⁵ Así lo manifestó hace ya casi medio siglo DE CUPIS y su observación, en la que aclaraba que, "sin embargo, (...) es absolutamente raro el fenómeno contrario, es decir, el de la revalorización monetaria", sigue gozando de plena actualidad (DE CUPIS, A., *El daño*, *Op. cit.*, pág. 375-376).

⁴¹⁶ *Vid.*, entre otros, los españoles PANTALEÓN PRIETO, F. ("Comentario al art. 1902 CC", *Op. et loc. cit.*, pág. 1993), SANTOS BRIZ, J. (*La responsabilidad civil...*, *Op. cit.*, pág. 333), LACRUZ BERDEJO, J.L. (*Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, Vol. Segundo, *Op. cit.*, pág. 512), YZQUIERDO TOLSADA, M. (*Sistema de responsabilidad civil...*, *Op. cit.*, pág. 496) y ALBALADEJO, M. (*Derecho Civil II, Derecho de obligaciones*, 11ª ed., Librería Bosch S.L., Barcelona, 2002, pág. 973); el italiano DE CUPIS, A., *El daño*, *Op. cit.*, pág. 377; los argentinos STIGLITZ, G.A. y ECHEVESTI, C.A., "La determinación de la indemnización", en MOSSET ITURRASPE, J. (dir.), *Op. cit.*, pág. 311; los franceses LE TOURNEAU, P. (*La responsabilité civile*, *Op. cit.*, pág. 368), CHARTIER, Y. (*La réparation du préjudice*, *Op. cit.*, págs. 569 y 578) y VINEY, G. y JOURDAIN, P. (*Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, *Op. cit.*, págs. 140 y 168); y el portugués FREITAS RANGEL, R.M., *A reparação judicial dos danos na responsabilidade civil...*, *Op. cit.*, pág. 31.

En cuanto a la jurisprudencia española, en idéntico sentido se ha pronunciado nuestro TS en múltiples ocasiones. Entre las resoluciones más recientes podemos citar las SSTs (Sala de lo Civil) de 25 de mayo de 1998 (RJ 3998); 21 de noviembre de 1998 (RJ 8751); 28 de noviembre de 1998 (RJ 9698); 15 de julio de 1999 (RJ 5905); 15 de marzo de 2001 (RJ 3195) y 2 de abril de 2004 (RJ 2607).

⁴¹⁷ De esa dificultad son conscientes los autores franceses, que la suelen poner de manifiesto. Así lo hacen los MAZEAUD, H., L. y J. (*Lecciones de Derecho Civil*, *Op. cit.*, pág. 402), CHARTIER, Y. (*La réparation du préjudice*, *Op. cit.*, pág. 576-577) y VINEY, G. y JOURDAIN, P. (*Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, *Op. cit.*, pág. 148).

momento en que se liquida la deuda indemnizatoria, sin posibilidad de ulteriores revisiones, la segunda presentaría dos ventajas significativas: por un lado, se ceñiría a la efectiva duración del perjuicio⁴¹⁸ y, por otro lado, podría tener en cuenta las futuras fluctuaciones monetarias. Esa toma en consideración de la depreciación del dinero tendría lugar normalmente mediante la fijación de un índice o factor de corrección periódico de dicha renta⁴¹⁹, factor que, en nuestro país, como ya se ha hecho alguna vez, podría concretarse en el IPC⁴²⁰.

Sin embargo, los Tribunales no son todavía demasiado proclives a conceder indemnizaciones en forma de renta, siendo mayoritarias las indemnizaciones en forma de capital, respecto de las cuales se ha previsto en los distintos Ordenamientos jurídicos, para el caso de retraso del deudor en el pago efectivo de la indemnización acordada, el incremento de la suma judicialmente liquidada en función de los llamados intereses moratorios legales⁴²¹, que en España se han concretado, por imperativo del art. 576 de la LEC, en el interés legal del dinero incrementado en dos puntos⁴²². En estos intereses moratorios legales podría verse, a nuestro juicio, no sólo una forma de compensar la rentabilidad del dinero que el perjudicado habría obtenido de haber recibido la indemnización en el momento oportuno, sino también un modo de hacer frente a la depreciación monetaria o a la pérdida del poder adquisitivo del dinero que eventualmente tenga lugar entre la liquidación de la indemnización y el efectivo pago de la misma⁴²³.

⁴¹⁸ En ese sentido, VINEY, G. y JOURDAIN, P., *Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, Op. cit., pág. 151.

⁴¹⁹ Son partidarios de esta solución los franceses MAZEAUD, H., L. y J. (*Lecciones de Derecho Civil*, Op. cit., pág. 402) y VINEY, G. y JOURDAIN, P. (*Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, Op. cit., págs. 149, 151 y 152).

⁴²⁰ Vid., en tal sentido, la STS (Sala 1ª) de 21 de diciembre de 1999 (RJ 9203) o la STS (Sala 3ª) de 7 de octubre de 2003 (RJ 8228).

⁴²¹ A ellos se refieren CHARTIER, Y. (*La réparation du préjudice*, Op. cit., pág. 581) y VINEY, G. y JOURDAIN, P. (*Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, Op. cit., pág. 148).

⁴²² Ya anteriormente, desde la reforma de la LEC de 1881 operada en el año 1984, habían sido fijados en idéntica cuantía en el art. 921.4 de dicha Ley.

⁴²³ Ésa es la postura que parece mantener también YZQUIERDO TOLSADA. Para este autor, "interés y depreciación forman (...) parte de los perjuicios sufridos, aunque, naturalmente, se trate de conceptos distintos: una cosa es la falta de disposición sobre el capital y otra la depreciación o pérdida del valor adquisitivo por consecuencia de la inflación". Por ello, fundamenta la norma contenida en el art. 576 de la LEC bajo el argumento de que "no es justo que la posible pérdida del poder adquisitivo del dinero y su rentabilidad lo pierda quien ha terminado viendo satisfecha judicialmente su pretensión" (YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil...*, Op. cit., pág. 497).

De hecho, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas la actualización de la cantidad otorgada en concepto de indemnización de daños y perjuicios, tanto en relación con la posible depreciación monetaria como respecto del retraso en el pago de la indemnización acordada, se ha establecido expresamente en el art. 141.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre), en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, conforme al cual *"La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley General Presupuestaria"*.

3.3. Consecuencias del principio

En conclusión, las consecuencias que se derivan del principio que ordena fijar la medida de la reparación en el momento de la sentencia o, en nuestra opinión con mayor acierto, en el momento en que la deuda indemnizatoria se hace líquida, se pueden sistematizar, siguiendo a VINEY y JOURDAIN⁴²⁴, en las tres siguientes:

a) Deben tenerse en cuenta todos los cambios que, después de su aparición y hasta el momento de la decisión, hayan afectado a la propia consistencia del daño (lo que hemos denominado variaciones intrínsecas)⁴²⁵.

⁴²⁴ VINEY, G. y JOURDAIN, P., *Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, Op. cit., págs. 140-144).

⁴²⁵ También en ese sentido SCOGNAMIGLIO, R., voz «Risarcimento del danno», Op. et loc. cit., pág. 14.

b) Del mismo modo, deben ser tomadas en consideración las modificaciones experimentadas en la expresión monetaria del daño o, lo que es lo mismo, las variaciones en el valor de la moneda (variaciones extrínsecas), ocurridas en el mismo período.

c) Finalmente, hay que considerar igualmente todas aquellas variaciones futuras, tanto intrínsecas como extrínsecas, que sean previsibles con certeza en el momento de su determinación⁴²⁶.

La aplicación de este principio y, con él, de las consecuencias apuntadas ha de producirse siempre, tanto en el ámbito de la responsabilidad contractual como en el de la responsabilidad extracontractual y cualquiera que sea la naturaleza del daño (daños a la persona o a los bienes, daños inmediatos o *par ricochet*,...) ⁴²⁷. Aunque, como todo principio, está sometido también a ciertas excepciones, que pasamos a examinar a continuación.

3.4. Excepciones al principio

a) Una primera excepción a la aplicación del principio de la valoración del daño en el momento de la sentencia fue apreciada por DE CUPIS y se refiere a aquellos supuestos en los que el perjudicado por la sustracción o destrucción de un bien lo hubiera enajenado en ausencia del evento dañoso con anterioridad a aquel momento.

En efecto, en tales hipótesis entiende el autor italiano que el momento relevante para medir el daño y, consiguientemente, la reparación debida es aquél en el que el perjudicado hubiera procedido a la venta del bien. Esto implica que sólo se podrán tener en cuenta las variaciones experimentadas en el interés del perjudicado (variaciones

⁴²⁶ En igual sentido, BAPTISTA MARQUES, A., *Da responsabilidade civil extracontratual*, Op. cit., pág. 44 y SCOGNAMIGLIO, R., voz «Risarcimento del danno», Op. et loc. cit., pág. 14.

⁴²⁷ Sobre su aplicación a las dos esferas de responsabilidad, vid. CHARTIER, Y. (*La réparation du préjudice*, Op. cit., págs. 568 y 575) y VINEY, G. y JOURDAIN, P. (*Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, Op. cit., pág. 140).

Sobre su extensión a los daños a las personas y a los bienes, vid. los mismos autores en las págs. 572 y 575 y 140 y 142, respectivamente.

Finalmente, sobre su aplicación tanto a los perjuicios directos o inmediatos como a los indirectos o mediatos y, más en general, a cualquier daño independientemente de su naturaleza, vid. VINEY, G. y JOURDAIN, P., *Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, Op. cit., pág. 142.

intrínsecas) que tuviesen lugar en el período que va desde la producción del daño hasta el momento en que se hubiera realizado la venta del bien, pero no las posteriores comprendidas entre dicho momento y la fecha de la sentencia que determina la medida de la reparación⁴²⁸. Estas últimas, bien se concretasen en aumentos, bien en disminuciones del perjuicio⁴²⁹, carecerían de relevancia para él, porque en dicho período y en ausencia del evento dañoso, el bien dañado ya no formaría parte de su patrimonio a causa de la venta de la que habría sido objeto.

Por su parte, las variaciones extrínsecas producidas hasta el momento de la sentencia sí deben ser tomadas en consideración. Es decir, una vez determinada la medida del daño con referencia al momento en que habría tenido lugar la enajenación del bien, esa medida debe ser actualizada conforme al valor efectivo del dinero en el tiempo de la sentencia⁴³⁰.

En cualquier caso, esta excepción al principio que nos ocupa sólo resultará operativa si se prueba que, en ausencia del hecho dañoso, la venta se habría realizado antes de recaer la sentencia que decide sobre la responsabilidad del agente. Esa prueba, cuya carga incumbe al perjudicado si el valor del bien ha disminuido después del momento en que se haría la venta y al responsable, si el valor del bien ha aumentado después de ese momento, sólo exige, a juicio de DE CUPIS, una certeza relativa⁴³¹. Sin embargo, nosotros creemos que, hallándonos ante una excepción a una regla general que, como tal excepción, tiene que ser interpretada restrictivamente, se debe exigir una certeza absoluta de que la enajenación del bien habría sido realizada por su titular antes de la sentencia recaída en el juicio de responsabilidad, sin que quepa aceptar presunción alguna al respecto. Solamente en tal caso entendemos que podrá operar la excepción analizada.

⁴²⁸ DE CUPIS, A., *El daño*, Op. cit., pág. 381.

Parecen compartir la misma opinión los franceses LE TOURNEAU, P., *La responsabilité civile*, Op. cit., pág. 371 y DEJEAN de la BÂTIE, N., "L'obligation de réparer", en AUBRY y RAU, *Droit civil français*, Op. cit., pág. 191.

⁴²⁹ DE CUPIS, A., *El daño*, Op. cit., pág. 382.

⁴³⁰ DE CUPIS, A., *El daño*, Op. cit., pág. 383.

⁴³¹ Porque, a su juicio, "la certeza, en el supuesto hipotético, nunca puede ser absoluta, (...), por lo que basta con demostrar que, según una fundada y razonable credibilidad, la enajenación habría sido realizada" (DE CUPIS, A., *El daño*, Op. cit., pág. 383).

b) Asimismo, se entiende que el principio de valoración del daño en el momento de la sentencia se excepciona, nuevamente en relación con las variaciones intrínsecas del daño, cuando el aumento del perjuicio producido con posterioridad a su aparición resulta imputable al perjudicado.

En estas hipótesis --entre las que se encuentran los casos en los que el perjudicado, debido a su actuación negligente, no ha evitado daños mayores; los casos en los que el perjudicado ha retrasado culpable y anormalmente el ejercicio de la acción de responsabilidad; así como los supuestos en los que aquél ha rechazado una reparación adecuada y suficiente ofrecida por el responsable⁴³²--, se considera que el aumento del perjuicio así causado no debe ser soportado por el dañador, pues no ha sido debido a su conducta, sino a la del propio perjudicado.

c) Una última excepción al principio que nos ocupa ha sido apreciada por la jurisprudencia francesa, que viene haciendo uso de ella en los casos en los que el perjudicado ha procedido por sí mismo a la reparación o a la sustitución de la cosa dañada. En tales hipótesis, entienden los Tribunales franceses que el perjudicado tiene que contentarse con recibir una suma igual al coste de la reparación o sustitución de la cosa en el momento en que la llevó a cabo, independientemente de que entre esa fecha y el momento de la sentencia hayan tenido lugar eventuales variaciones de precios o depreciaciones monetarias⁴³³.

Esta derogación del principio de la valoración del daño al tiempo de la sentencia se justifica tradicionalmente afirmando que el gasto efectuado por la víctima para proceder a la reparación de su daño tiene por efecto transformar la originaria deuda de valor en que consiste la obligación de resarcimiento en una deuda de suma a la que, en consecuencia, resulta plenamente aplicable el principio del nominalismo monetario, el

⁴³² A todos estos supuestos de imputabilidad del mayor daño al perjudicado se refieren DE CUPIS, A. (*El daño*, *Op. cit.*, págs. 385, 388 y 389, respectivamente) y LE TOURNEAU, P. (*La responsabilité civile*, *Op. cit.*, pág. 371). A los dos primeros alude igualmente CHARTIER, Y. (*La réparation du préjudice*, *Op. cit.*, pág. 580) y sólo al último de los enumerados, VINEY, G. y JOURDAIN, P. (*Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, *Op. cit.*, pág. 148).

⁴³³ LE TOURNEAU, P. (*La responsabilité civile*, *Op. cit.*, págs. 331 y 370), CHARTIER, Y. (*La réparation du préjudice*, *Op. cit.*, pág. 579), DEJEAN de la BÂTIE, N. ("L'obligation de réparer", en AUBRY y RAU, *Droit civil français*, *Op. cit.*, pág. 190-191), JOURDAIN, P. (*Les principes de la responsabilité civile*, *Op. cit.*, pág. 138) y VINEY, G. y JOURDAIN, P. (*Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, *Op. cit.*, pág. 145-146).

cual impide cualquier actualización de la cantidad debida conforme a las variaciones del valor del dinero⁴³⁴.

Sin embargo, esta línea de pensamiento no nos parece defendible por las siguientes razones:

1ª) No cabe duda que se produce una derogación del principio del resarcimiento integral cuando al perjudicado se le entrega una suma de dinero nominalmente idéntica a la que desembolsó en su día, pero cuyo valor actual es inferior al de aquélla a causa de la depreciación de la moneda que tuvo lugar entre uno y otro momento. Obviamente, de este modo no se le repara el daño efectivamente sufrido, sino uno inferior⁴³⁵.

2ª) No resulta razonable que a la víctima que repara por propia iniciativa, tal vez para evitar mayores daños o, al menos, su prolongación en el tiempo, se le dispense un trato menos favorable que a aquella otra que aguarda a la resolución judicial para proceder a la reparación del perjuicio. E igualmente discutible parece el hecho de que un comportamiento del perjudicado, que no es para nada reprochable, pueda implicar por sí mismo una modificación de la naturaleza y del objeto de la obligación de reparación, sobre todo, cuando esa modificación supone un atentado al principio del resarcimiento íntegro⁴³⁶.

3ª) No se puede olvidar que el dinero empleado en la reparación salió de manos del perjudicado a causa del hecho dañoso, el cual no ha sido imputable a él, sino al responsable, por lo que es contrario a la propia esencia de la reparación que la disminución del valor del dinero experimentada entre el momento en que el perjudicado reparó y el instante en que se liquidó la deuda indemnizatoria tenga que ser soportada por la víctima del daño, en vez de ser asumida por el causante o responsable del mismo.

En conclusión, creemos que la reparación del daño llevada a cabo por el perjudicado antes de recaer sentencia acerca de la obligación de resarcimiento no se

⁴³⁴ De nuevo, CHARTIER, Y. (*La réparation du préjudice*, *Op. cit.*, pág. 579) y VINEY, G. y JOURDAIN, P. (*Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, *Op. cit.*, pág. 146).

⁴³⁵ A esta objeción se ha referido JOURDAIN, P., *Les principes de la responsabilité civile*, *Op. cit.*, pág. 138-139.

⁴³⁶ VINEY, G. y JOURDAIN, P., *Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, *Op. cit.*, págs. 146 y 147.

debe entender como constitutiva de una excepción al principio que ordena atender al momento de la decisión para fijar la medida de la reparación debida por el responsable.

4. EL PRINCIPIO PROCESAL DE CONGRUENCIA COMO LÍMITE A LA MEDIDA DE LA REPARACIÓN

Entre los principios que rigen la materia de la reparación de los daños y perjuicios no podemos olvidar uno de carácter procesal que actúa siempre que la determinación del resarcimiento es confiada a los órganos jurisdiccionales. Se trata del principio de congruencia, en virtud del cual los Tribunales, a la hora de llevar a cabo la valoración del daño, se encuentran constreñidos por la cuantía que solicita el actor en su demanda. Esto significa que dicha cuantía actúa como límite máximo a la medida de la reparación, de modo que los órganos judiciales podrán valorar el perjuicio en una cantidad inferior, pero nunca superior a la pretendida por el perjudicado demandante⁴³⁷.

Esta circunstancia, que —como ya hemos visto⁴³⁸— había perdido en nuestro país buena parte de su virtualidad debido a la excesiva flexibilidad con la que el Tribunal Supremo interpretó el art. 360 de la LEC anterior y que llevó a que en la mayoría de los casos el demandante no cuantificase en su demanda el importe de los perjuicios reclamados, retrasándose la valoración del daño hasta el trámite de ejecución de sentencia, ha recobrado actualmente todo su significado e importancia porque el art. 219 de la vigente LEC ha prohibido las llamadas sentencias de condena con reserva de liquidación, imponiendo al actor que reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero la necesidad de cuantificar su importe en la demanda, sin que pueda retrasar su determinación al trámite de ejecución de sentencia y, de no ser posible dicha cuantificación, ordenándole fijar claramente las bases conforme a las cuales deba efectuarse la liquidación, de modo tal que ésta consista en una simple operación aritmética.

⁴³⁷ En ese sentido, FREITAS RANGEL afirmó, con relación a los daños patrimoniales, que “*o modo e extensão da reparacão judicial possível destes danos ou prejuizos não tem qualquer limite máximo fixado legalmente. O limite máximo decorre do limite do pedido feito pela parte lesada em tribunal e da prova produzida*” (FREITAS RANGEL, R.M., *A reparacão judicial dos danos na responsabilidade civil...*, Op. cit., pág. 29).

Sobre este límite se pronunció también LE TOURNEAU, P., *La responsabilité civile*, Op. cit., pág. 340.

⁴³⁸ Vid. *supra*, Capítulo I: II, 2, 2.4, 2.4.1 (Certeza en torno a su cuantía).

Así las cosas, cuando el actor demande judicialmente la reparación pecuniaria de su daño no puede escapar a la cuantificación del mismo y esa cuantificación constituirá para el Juez el límite máximo en el que cifrar la cuantía del resarcimiento debido por el responsable⁴³⁹, sin perjuicio de la correspondiente revalorización monetaria de esa suma, que no sólo podrá, sino que deberá ser ordenada de oficio por el juzgador.

⁴³⁹ Así se establece, entre otras, en las SSTs (Sala 1ª) de 4 de febrero de 1992 (RJ 825); 19 de octubre de 1996 (RJ 7508) o en las más recientes de 2 de abril de 2004 (RJ 2607) y 6 de mayo de 2004 (RJ 2100).

CAPÍTULO IV

FORMAS DE REPARACIÓN

I. FORMAS DE RESARCIMIENTO O REPARACIÓN

En un estudio sobre el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de responsabilidad civil extracontractual se hace preciso, sobre todo ante el silencio del art. 1902 de nuestro CC –que no se pronuncia acerca del modo en que debe repararse el daño⁴⁴⁰–, analizar las distintas formas en que dicha reparación puede hacerse efectiva. Porque, aunque en las páginas anteriores, así como en muchas de las obras que aluden a esa materia, se hacen referencias explícitas y, a veces, casi exclusivas a la indemnización de daños y perjuicios, pareciendo conocer solamente de la reparación por equivalente pecuniario, lo cierto es que esta forma de reparación no es la única posible⁴⁴¹. Al contrario, junto a ese posible modo de reparar los daños y perjuicios derivados de responsabilidad civil, existe todavía una forma más primaria o perfecta: la reparación en forma específica o *in natura*⁴⁴².

⁴⁴⁰ En este sentido, pueden ser destacadas las consideraciones vertidas por la reciente SAP de Palencia de 20 de abril de 2004 (JUR 214649), en la que se afirmó que “*El art. 1.902 del Código Civil dice que todos aquéllos que causen daño a otros, interviniendo culpa o negligencia, están obligados a reparar el daño causado, (...), pero no establece una norma que afirme que la manera de solventar los perjuicios de los damnificados sea mediante la reparación “in natura” o en su defecto por la indemnización de daños y perjuicios*”, por lo que se acaba atribuyendo al perjudicado la posibilidad de solicitar una u otra.

⁴⁴¹ Nuestro Código Civil no regula en el art. 1902 las formas que puede asumir el resarcimiento o la reparación de los daños y perjuicios. Y, por otra parte, en el art. 1101 alude exclusivamente a la indemnización de daños y perjuicios como modo de reparar los daños derivados de incumplimiento contractual. Sin embargo, fuera de este cuerpo legal sí existen normas que se refieren, además de a la reparación por equivalente, a la reparación en forma específica.

Es el caso del art. 110 del CP, en virtud del cual la responsabilidad civil derivada de delito comprende: “1. La restitución. 2. La reparación del daño. 3. La indemnización de perjuicios materiales y morales”.

Y es, igualmente, el caso del art. 141 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre), el cual, regulando la responsabilidad patrimonial de la Administración, señala en su apartado 4º que: “*La indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado*”.

⁴⁴² En nuestro país, una postura particular la sostienen LUNA, PIÑEIRO, RAMOS y RUBÍ, los cuales distinguen tres formas distintas de cumplimiento de la obligación de reparar el daño. A su juicio, debe diferenciarse entre la reparación específica o *in natura*, “*en el sentido de arreglo de la cosa dañada o mediante su sustitución por otra igual*”; la indemnización por equivalente, “*mediante la entrega de la cantidad de dinero correspondiente al daño sufrido*”; y la reparación en especie, que ellos entienden realizada “*mediante la entrega de bienes, cuyo valor equivalga al daño sufrido*” (LUNA, A., PIÑEIRO, J., RAMOS, S. y RUBÍ, A., “*Reparación in natura y por equivalente...*”, *Op. et loc. cit.*, págs. 2 y 3). La particularidad de su tesis consiste en la introducción de esta última forma de reparación como figura autónoma, pues tradicionalmente bajo la denominación de reparación en especie se alude, sin más, a la reparación en forma específica.

Ambos modos de reparación son admitidos por la generalidad de los autores de los distintos sistemas jurídicos, los cuales, aun respetando su autonomía y diversidad y atribuyendo primacía a uno u otro, no dudan en englobarlos en una única categoría: la de los medios tendentes al resarcimiento de los daños y perjuicios⁴⁴³. No en vano, ambas formas de reparación presentan características comunes, pues intervienen sobre las consecuencias perjudiciales de un hecho dañoso, por lo que constituyen una reacción frente a un daño ya producido, distinguiéndose de este modo de los remedios inhibitorios, los cuales actúan frente a un hecho lesivo previsible o en curso de ejecución con el fin de impedir que el daño llegue a producirse o continúe produciéndose⁴⁴⁴.

1. REPARACIÓN POR EQUIVALENTE

1.1. Concepto, naturaleza y función

La reparación por equivalente se traduce en la entrega al perjudicado de una suma de dinero. Esa suma, en el caso de perjuicios patrimoniales, debe ser equivalente al valor o entidad económica del daño sufrido, mientras que tratándose de perjuicios extrapatrimoniales ha de resultar suficiente o apta para compensar el daño soportado por el perjudicado.

⁴⁴³ En España PUIG BRUTAU afirmó en tal sentido que el término «reparar» del art. 1902 del CC se entiende en sentido amplio, abarcando tanto la reparación en forma específica como la reparación por equivalente (PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Op. cit., pág. 190). Más recientemente, LUNA, PIÑEIRO, RAMOS y RUBÍ han señalado igualmente que "(...) cualquiera de las anteriores formas de reparación están comprendidas en las expresiones «reparar el daño» del art. 1902 CC e «indemnización de los daños y perjuicios» del art. 1101 CC" (LUNA, A., PIÑEIRO, J., RAMOS, S. y RUBÍ, A., "Reparación in natura y por equivalente...", Op. et loc. cit., pág. 3).

La cuestión asumió especial importancia en Italia, donde la reparación en forma específica, ajena a su tradición jurídica, presentaba unos contornos inciertos que llevaban, en ocasiones, a confundirla con otros remedios jurídicos (restitutorios, inhibitorios, ciertos tipos de ineficacia de los negocios jurídicos, etc.). Para descartar esa inicial confusión, son muchos los autores italianos que aún hoy ponen de relieve la pertenencia de la reparación en forma específica a la categoría del resarcimiento del daño, junto con la reparación por equivalente. Es el caso de S COGNAMIGLIO, R. ("Il risarcimento del danno in forma specifica", Op. et loc. cit., pág. 228); VENDITTI, A. ("Caratteri della reintegrazione in forma specifica", *Giustizia civile*, I, 1959, pág. 712-713); DE CUPIS, A. (*El daño*, Op. cit., pág. 823); CASTRONOVO, C. ("E il risarcimento in forma specifica come risarcimento del danno", *Jus.*, 1988, págs. 28 y 30); SALVI, C. ["Il risarcimento del danno in forma specifica", en MAZZAMUTO, S. (A cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Jovene Editore, Napoli, 1989, pág. 583] o, más recientemente, GIANNINI, G. y POGLIANI, M. (*Il danno da illecito civile*, Op. cit., pág. 271); BALDASSARI, A. ["Il risarcimento in forma specifica", en AA.VV., *La responsabilità civile*, Vol. I (*Danno e risarcimento in generale*), UTET, Torino, 1998, pág. 285-286] y D'ADDA, A. (*Il risarcimento in forma specifica...*, Op. cit., págs. 4 y 9).

⁴⁴⁴ Sobre esta nota común a ambas formas de reparación se pronuncia SALVI, C., "Il risarcimento del danno in forma specifica", Op. et loc. cit., pág. 578.

Así pues, resulta que la reparación por equivalente se concreta siempre en una obligación de dar de contenido pecuniario, que proporciona al sujeto dañado, no el mismo interés o utilidad de que se ha visto privado a consecuencia del evento dañoso, sino un interés o utilidad diferente (dinero), por lo que se afirma que este tipo de reparación desempeña o cumple una función de compensación⁴⁴⁵.

Esta función de compensación del dinero se ha desarrollado, sobre todo, en relación con los perjuicios extrapatrimoniales⁴⁴⁶, debido a la inaptitud de éstos para ser valorados

⁴⁴⁵ Son muchas las definiciones que se han dado de la reparación por equivalente. Aquí las vamos a clasificar según pongan el acento en una u otra de las notas que caracterizan dicha forma de reparación.

- Destacando su carácter de obligación de dar de contenido pecuniario, nos encontramos con las definiciones aportadas por el francés CHARTIER, Y., *La réparation du préjudice*, Op. cit., pág. 550; por los italianos GIANNINI, G. y POGLIANI, M. (*Il danno da illecito civile*, Op. cit., pág. 13) y D'ADDA, A. (*Il risarcimento in forma specifica...*, Op. cit., pág. 4); por los argentinos STIGLITZ, G.A. y ECHEVESTI, C.A., "La determinación de la indemnización", en MOSSET ITURRASPE, J. (dir.), Op. cit., pág. 290; y por los portugueses PESSOA JORGE, F. (*Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Op. cit., pág. 420) y ALMEIDA COSTA, M.J. (*Direito das Obrigações*, Op. cit., pág. 715).

- Por su parte, hacen hincapié en que la reparación por equivalente proporciona al perjudicado intereses distintos a los perdidos o destruidos, el español PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Op. cit., pág. 191; el alemán FISCHER, H.A., *Los daños civiles y su reparación*, Op. cit., pág. 132; y los italianos PROTO PISANI, A. ("Brevi noti in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria", *Foro italiano*, 1983-V, pág. 128), CHIANALE, A. (*Diritto soggettivo e tutela in forma specifica (Indagine in tema di responsabilità extracontrattuale)*, Giuffrè Editore, Milano, 1993, pág. 35) y D'ADDA, A. (*Il risarcimento in forma specifica...*, Op. cit., pág. 11).

- Finalmente, subrayan la función de compensación de esta forma de reparación el italiano DE CUPIS, A., *El daño*, Op. cit., pág. 748 y los franceses MAZEAUD, H., L. y J. (*Lecciones de Derecho Civil*, Op. cit., pág. 396), MAZEAUD, H., L. y J. y CHABAS, F. (*Traité théorique et pratique...*, Op. cit., págs. 614 y 637) y JOURDAIN, P. (*Les principes de la responsabilité civile*, Op. cit., pág. 135).

⁴⁴⁶ Comparten la tesis de la función compensatoria de la reparación por equivalente de los daños extrapatrimoniales un gran número de autores, entre los que destacan los siguientes:

En España, GÓMEZ ORBANEJA, E., "La acción civil de delito", *Op. et loc. cit.*, pág. 202; GARCÍA SERRANO, F., "El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil", *Op. et loc. cit.*, pág. 839; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, Op. cit., pág. 60; ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II...*, Op. cit., pág. 980; TASENDE CALVO, J.J., "Sistema legal de valoración de los daños personales. Aspectos constitucionales. Baremo y seguro obligatorio", *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, septiembre 1997, pág. 466 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad...*, Op. cit., pág. 164.

Entre los autores italianos defensores de la postura enunciada, nos encontramos con RAVAZZONI, quien, a pesar de objetar a la función compensatoria la imposibilidad de equivalencia, acaba atribuyendo a la indemnización de los daños no patrimoniales la función de genérica compensación, en cuanto que, en su opinión, el propio concepto de indemnización implica la ausencia de tal equivalencia (RAVAZZONI, A., *La riparazione del danno non patrimoniale*, Op. cit., pág. 165); alude también a la función de compensación, interpretando el requisito de la equivalencia en sentido amplio, DE CUPIS, A., *El daño*, Op. cit., pág. 766. Por último, también comparten la tesis enunciada LIBERTINI, M., "Le nuove frontiere del danno risarcibile", *Contratto e impresa*, 1987-1, pág. 94, GIANNINI, G., (*Il risarcimento del danno a la persona nella giurisprudenza*, Giuffrè Editore, Milano, 1991, pág. 14-15) y BIANCA, M., en *Diritto Civile*, Op. cit., pág. 173.

En Francia los hermanos MAZEAUD atribuyen la función compensatoria a la reparación por equivalente tanto de los daños patrimoniales como de los no patrimoniales (MAZEAUD, H., L. y J., *Lecciones de Derecho Civil*, Op. cit., págs. 69 y 396).

en términos pecuniarios, circunstancia ésta que hace imposible el establecimiento de cualquier equivalencia entre el daño causado y una suma de dinero. Es este hecho el que lleva a los MAZEAUD a afirmar que el término «reparar», en lugar de ser entendido en el sentido de borrar el perjuicio, en cuanto que éste es imborrable, debe ser interpretado con el significado más correcto de “colocar a la víctima en condiciones de procurarse un equivalente”, entendiendo la noción de equivalente en sentido amplio, sin que suponga, por tanto, la exigencia de una estricta correspondencia cuantitativa y cualitativa entre el dinero entregado en concepto de indemnización y el interés dañado – correspondencia ésta que no se podría alcanzar en los supuestos de daños no patrimoniales y ni siquiera en algunos casos de perjuicios materiales⁴⁴⁷ –, sino con el significado más extenso de que esa suma pecuniaria permita al dañado procurarse satisfacciones que le sirvan de compensación o contrapeso al daño sufrido. De este modo, el perjudicado podrá emplear el dinero recibido como reparación del modo que más le convenga.

Entendida la reparación por equivalente de este modo se salvan las objeciones realizadas por algunos autores a la función compensatoria de la indemnización en el ámbito de los daños no patrimoniales. En efecto, estas objeciones giran en torno a dos puntos⁴⁴⁸:

También el alemán WINDSCHEID se muestra partidario de considerar el denominado *Schmerzensgeld* (dinero del dolor) como un resarcimiento y no como una pena, aun cuando, como hemos señalado precedentemente, afirma haber sostenido la opinión contraria en ediciones anteriores de su obra (WINDSCHEID, B., *Diritto delle Pandette*, Op. cit., pág. 765).

Y en la doctrina argentina hablan de compensación STIGLITZ, G.A. y ECHEVESTI, C.A., “Las acciones por daños y perjuicios”, en MOSSET ITURRASPE (dir.), Op. cit., págs. 507 y 515; y VÁZQUEZ FERREYRA, R.A., *Responsabilidad por daños (elementos)*, Op. cit., pág. 183.

⁴⁴⁷ Se suele poner como ejemplo de la imposibilidad de equivalencia entre el dinero acordado a modo de indemnización y ciertos intereses o bienes patrimoniales la hipótesis relativa al deterioro o destrucción de obras de arte únicas en el mundo, pues en tales supuestos la cuantía indemnizatoria nunca alcanzará a cubrir el valor real de ese bien, de modo que el patrimonio del dañado se verá en todo caso empobrecido (DOMÍNGUEZ HIDALGO, C., *El daño moral*, Op. cit., Tomo I, pág. 138). Este hecho pone de relieve el error de aquellos autores que insisten en que la compensación implica la necesidad de una equivalencia o adecuación exacta entre la indemnización y el daño.

⁴⁴⁸ Vid. estas objeciones en los italianos RAVAZZONI, A., *La riparazione del danno non patrimoniale*, Op. cit., pág. 152-153 y BONILINI, G., *Il danno non patrimoniale*, Op. cit., págs. 268 y 269-270, así como en el español ÁLVAREZ VIGARAY, R., “La responsabilidad por daño moral”, Op. cit. loc. cit., pág. 92-93.

A la segunda de ellas se refiere también el alemán LARENZ, K., *Derecho de Obligaciones*, Op. cit., pág. 640. Le sigue en idéntico sentido su traductor español (SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil...*, Op. cit., pág. 183).

1º) Frente a la idea de que el dolor o sufrimiento se contrarresta o mitiga con una sensación contraria de alegría o placer, que vendría proporcionada por el dinero entregado en concepto de reparación, se afirma que no existe una relación directa entre aquel sufrimiento padecido y la sensación agradable posteriormente disfrutada. Dolor y placer se sitúan en planos diversos, por lo que este último no es apto para borrar o eliminar aquél.

2º) Si lo que se pretende a través de la suma de dinero concedida es que el perjudicado pueda proporcionarse o adquirir la sensación o sensaciones agradables que le hagan olvidar el daño sufrido⁴⁴⁹, resulta que dicha suma pecuniaria tendría que variar en función de la posición económica del sujeto, porque la cantidad de dinero suficiente para que una persona de escasos recursos pueda obtener satisfacciones resultará probablemente insignificante para aquella otra acostumbrada, por su elevado nivel de vida, a placeres más costosos. Esto resultaría injusto para el responsable, cuya situación sería más ventajosa o más gravosa según que el daño hubiese recaído, respectivamente, sobre una persona pobre o rica.

No obstante, como hemos anticipado, estas dificultades se pueden superar adoptando la concepción de compensación que aquí se ha defendido, puesto que la misma no exige una estricta correspondencia entre el daño extrapatrimonial causado y la cuantía indemnizatoria, por lo que ha de entenderse que tampoco es precisa ni posible la exacta equivalencia cuando lo que se comparan son sufrimientos y goces, entidades totalmente heterogéneas y subjetivas.

Además, hemos de insistir, de nuevo, en que reparar no es borrar el perjuicio. Eso no se lograría por muy perfecta que fuese la reparación, pues el daño nunca puede eliminarse de la realidad histórica en la que existió. Por el contrario, dirigiéndose la reparación a compensar el daño y siendo imposible una objetiva valoración pecuniaria del perjuicio extrapatrimonial, bastará con que la cantidad fijada a modo de indemnización sea la que razonablemente se estime adecuada para un hombre medio

⁴⁴⁹ Pues, como afirma el portugués BAPTISTA MARQUES, "*os prazeres da vida são onerosos e, por isso, o dinheiro é o meio necessário para os alcançar*" (BAPTISTA MARQUES, A., *Da responsabilidade civil extracontratual*, Op. cit., pág. 29).

situado hipotéticamente en las circunstancias concurrentes en el caso concreto, al margen, por tanto, de sus particulares recursos económicos⁴⁵⁰.

Salvada, por tanto, la función compensatoria de la reparación pecuniaria del daño no patrimonial, debe señalarse, sin embargo, que algunos autores, en lugar de hacer referencia a dicha función compensatoria, aluden a la finalidad satisfactoria de la reparación pecuniaria de los daños inmateriales. Esta alusión a la función satisfactoria encuentra su origen en Alemania, pues ya IHERING, a principios del siglo XX, clasificó en tres las funciones o finalidades que podía cumplir la condena a una suma de dinero, siendo las mismas la de pena privada, la de resarcimiento por equivalente y la de reparación por satisfacción. Así, los autores partidarios de la función satisfactoria consideran a ésta como una función intermedia frente a las dos anteriores, caracterizada, frente a la reparación, por la ausencia de equivalencia entre el interés dañado y la suma pecuniaria, así como por la toma en consideración del grado de culpabilidad del responsable para graduar el montante de la cuantía indemnizatoria, aspecto, este último, en el que se aproximaría a la pena⁴⁵¹.

⁴⁵⁰ Así opina LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, Op. cit., Vol. Segundo, pág. 484. Y a la misma conclusión parece llegar el italiano LIBERTINI cuando niega que el acogimiento de la función compensatoria de la reparación pecuniaria del daño no patrimonial, en tanto en cuanto entendida como compensación psicológica, produzca desigualdades injustas en el resultado. Para este autor, aun cuando es cierto que "un criterio de compensazione psicologica può anzi portare a compensare maggiormente chi è più bisognoso e a ridurre a livello simbolico il risarcimento di chi ha già cospicue ricchezze personali", el verdadero problema "è costituito dalla difficoltà applicativa, evidentemente maggiore rispetto ai criteri forfettari" (LIBERTINI, M., "Le nuove frontiere del danno risarcibile", Op. et loc. cit., pág. 95).

Por su parte, BONILINI vierte algunos reparos a esta solución, pues la misma implica, a su juicio, un riesgo de objetivación, de uniformización casi tabular, "che confligge con ogni situazione di danno non patrimoniale giacchè ciascuna di essa conosce una serie di variazioni, di sfumature, di caratteri differenti che è necessario considerare" (BONILINI, G., *Il danno non patrimoniale*, Op. cit., pág. 270-271).

⁴⁵¹ La verdad es que el concepto de satisfacción es bastante confuso, como lo manifiestan las palabras del italiano LIBERTINI, que afirma que la función satisfactoria es oscura (LIBERTINI, M., "Le nuove frontiere del danno risarcibile", Op. et loc. cit., pág. 94). En un principio, se sostiene que la satisfacción, al igual que la compensación, se dirige a reparar el daño causado proporcionando al dañado una cantidad de dinero apta para proporcionarse sensaciones agradables, mientras que se diferencia de ella en que, a la vez, trata de infligir un mal al culpable aplacando, de ese modo, el sentimiento de venganza del perjudicado al ser éste consciente de que el dinero que se le entrega sale del patrimonio del responsable. Además, la satisfacción, a diferencia de la compensación, tiene en cuenta, a la hora de determinar el montante de la indemnización, no sólo la gravedad del daño, sino también la mayor o menor gravedad de la culpa del responsable, el mayor o menor carácter reprochable de su conducta (Vid. MARTÍN CASALS, M., "Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982", en *Centenario del Código Civil*, Tomo II, Edit. Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pág. 1247).

Sin embargo, FISCHER puso de manifiesto, pese a defender la función satisfactoria de la reparación pecuniaria de los daños morales, que la diferencia de ésta con la compensación se fue desdibujando, hasta el punto de resultar indiferente que la indemnización fuese satisfecha por cualquier tercero en sustitución del culpable (FISCHER, H.A., *Los daños civiles y su reparación*, Op. cit., pág. 228, nota 19).

Sin embargo, creemos que esa distinción entre compensación y satisfacción es del todo innecesaria y ello por dos motivos:

1º) Ya hemos reiterado que no es precisa la relación de equivalencia entre el dinero y el interés lesionado para que se entienda lograda la reparación a favor del perjudicado. Y esto es así porque no se trata de eliminar el perjuicio, sino de contrarrestarlo con una situación o sensación antagónica, situación o sensación que se puede conseguir, bien a través de la simple posesión del dinero recibido, o bien mediante el empleo del mismo en la adquisición de los bienes o servicios que el perjudicado considere oportunos.

2º) No nos parece decisivo a los efectos de precisar un concepto autónomo distinto de la compensación el argumento que alude a la necesidad de tener en cuenta el grado de culpabilidad del autor del daño.

En primer lugar, porque sí, como expresamente reconocen los defensores de la teoría de la satisfacción, ésta no tiene naturaleza de pena y se centra en la persona del dañado para otorgarle una suma de dinero que contrarreste el perjuicio padecido, el supuesto castigo que para el culpable derivaría de graduar la indemnización conforme al criterio citado es solamente un efecto indirecto o accidental de la verdadera función

En cualquier caso, fueron varios los autores que siguieron refiriéndose a la función de satisfacción, atribuyéndole un sentido más o menos coincidente con el originario. Así, los también alemanes VON THUR o LARENZ mantienen el concepto de satisfacción con las originarias características a puntadas [VON THUR, A., *Tratado de las Obligaciones*, Op. cit., pág. 89 y LARENZ, K., *Derecho de Obligaciones*, Op. cit., pág. 641-642]. Toma las palabras de este último el español SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil...*, Op. cit., pág. 184.

Igualmente, habla de satisfacción el italiano SALVI, basándose para ello, por un lado, en la ausencia de equivalencia entre el dinero y los intereses extrapatrimoniales lesionados, considerando la indemnización de tales daños no patrimoniales como un enriquecimiento patrimonial a favor de la víctima; y, en segundo término, en la disminución del deseo de venganza de la víctima que se logra a través de tal mecanismo (SALVI, C., *Il danno extracontrattuale, modelli e funzioni*, Jovene Editore Napoli, Napoli, 1985, pág. 127-128). En la primera de esas razones (falta de equivalencia entre el dinero y el bien dañado) se basa la atribución de la función satisfactoria a la reparación pecuniaria de tales daños por parte de los argentinos STIGLITZ, G.A. y ECHEVESTI, C.A., "La determinación de la indemnización", en MOSSET ITURRASPE, J. (dir.), Op. cit., pág. 306.

Por otra parte, el mexicano OCHOA OLVERA sostiene la función satisfactoria de la indemnización de los daños extrapatrimoniales basándose exclusivamente en la imposibilidad de valorar en dinero los intereses lesionados (OCHOA OLVERA, S., *La demanda por daño moral*, Op. cit., pág. 61).

Y, por último, emplean el término «satisfacción» sin ningún matiz aparente y, a nuestro juicio, como equivalente a compensación, el italiano SCOGNAMIGLIO, R., ("Il danno morale", Op. et loc. cit., págs. 300 y 302 y voz «Danno morale», Op. et loc. cit., pág. 148) y los españoles GARCÍA LÓPEZ, R., (*Responsabilidad civil por daño moral...*, Op. cit., pág. 121 y ss.); BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible en...*, Op. cit., pág. 90 y LACRUZ BERDEJO, J.L., (*Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, Op. cit., Vol. Segundo, pág. 484).

compensatoria o reparadora que con ella se persigue y así lo demuestra el hecho de que la misma no tiene que ser satisfecha necesariamente por el autor del daño, sino que, por el contrario, al perjudicado le resulta indiferente la persona del indemnizante. Así, en las hipótesis de cumplimiento de la obligación de reparación por parte de un tercero distinto del dañador no se aprecia mal alguno para este último ni, por ende, disminución del supuesto deseo de venganza de la víctima.

Y, por otra parte, porque consideramos que si se recurre al grado de culpabilidad del agente para calcular el montante de la indemnización es por la ausencia de cualesquiera otros criterios objetivos de cálculo para la reparación de unos daños que no se pueden valorar objetivamente, pero no porque se quiera introducir matiz punitivo alguno.

En definitiva, y por las razones apuntadas, entendemos que compensación y satisfacción hacen referencia a una misma y única finalidad, la de reparar el daño causado, que en estos casos y ante la imposibilidad de una solución más perfecta, sólo puede alcanzarse mediante la entrega a favor del perjudicado de una cantidad de dinero que le sitúe en condiciones de procurarse los goces o placeres que estime oportunos⁴⁵², es decir *"con su indemnización monetaria se pretende poner los medios materiales para contribuir a recuperar la alegría de vivir perdida en algún grado como consecuencia del daño sufrido"*⁴⁵³.

Por último, no podemos olvidar que la tesis de la compensación es la que acoge también nuestra jurisprudencia. En efecto, sin contar con aquellas sentencias en las que el Tribunal Supremo se limita a atribuir a la indemnización pecuniaria del daño moral una función compensatoria, pero sin señalar el concepto de la misma, existen algunas otras en las que expresamente alude a la noción de compensación. Destaca en tal sentido la STS (Sala 1ª) de 7 de febrero de 1962⁴⁵⁴, en la que afirma el Alto Tribunal que *"aunque los derechos de la personalidad no se acomoden a una estimación pecuniaria, por lo que el dinero no puede aquí cumplir su función de equivalencia como en materia*

⁴⁵² Son partidarios de la equiparación entre ambos conceptos, GARCÍA SERRANO, F., "El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil", *Op. et loc. cit.*, pág. 840 y DOMÍNGUEZ HIDALGO, C., *El daño moral*, *Op. cit.*, pág. 162.

⁴⁵³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Daño moral (STS de 5 de junio de 1998)", *Op. et loc. cit.*, pág. 14.

⁴⁵⁴ RJ 672.

de reparación del daño material, la víctima del perjuicio moral padece dolores y la reparación sirve para restablecer el equilibrio roto («pretium doloris»), pudiendo gracias al dinero, según sus gustos y temperamentos, procurarse sensaciones agradables, que vendrán a contrapesar las dolorosas o desagradables". Es cierto que esta sentencia, en su siguiente Considerando, se remite a la STS (Sala 1ª) de 21 de enero de 1957⁴⁵⁵, para acoger la excepcional declaración vertida en la misma acerca de la finalidad mixta de la condena pecuniaria por daño moral (compensatoria y punitiva). Pero no hay duda que la definición transcrita se circunscribe estrictamente a la función compensatoria, tal y como nosotros la hemos entendido. Y el sentido que esa sentencia atribuye a la compensación es el que asumen de manera más o menos explícita los pronunciamientos del Tribunal Supremo en los que se concede una indemnización pecuniaria por daño extrapatrimonial.

Aclaradas las funciones que la reparación por equivalente está llamada a desempeñar, se hace preciso determinar el lugar que este remedio resarcitorio ocupa en el sistema reparador. En este punto, cabe afirmar que este modo de reparación, que en el Derecho Romano constituía el único remedio posible frente al daño⁴⁵⁶, se considera hoy por la generalidad de los autores, al menos a nivel teórico, como un instrumento excepcional o subsidiario frente a la más perfecta reparación en forma específica⁴⁵⁷. Sin embargo, descendiendo al campo de la aplicación práctica nos encontramos con que la reparación por equivalente sigue siendo mucho más frecuente que la reparación *in*

⁴⁵⁵ RJ 1133.

⁴⁵⁶ Así lo afirmaron FISCHER, H.A., *Los daños civiles y su reparación*, Op. cit., pág. 134; VON THUR, A., *Tratado de las Obligaciones*, Op. cit., Tomo I, pág. 81; VAZ SERRA, A., "Obrigação de indemnização", Op. et loc. cit., pág. 127; MANDRIOLI, D., "Risarcimento del danno in forma specifica", Op. et loc. cit., pág. 355; SCOGNAMIGLIO, R., "Il risarcimento del danno in forma specifica", Op. et loc. cit., pág. 205; VENDITTI, A., "Caratteri della reintegrazione in forma specifica", Op. et loc. cit., pág. 713 y D'ADDA, A., *Il risarcimento in forma specifica...*, Op. cit., pág. 81-82.

⁴⁵⁷ Entre otros y más o menos explícitamente, vid. los españoles SANTOS BRIZ, J. (*La responsabilidad civil...*, Op. cit., pág. 328) y ALBALADEJO, M. (*Derecho Civil II...*, Op. cit., pág. 972); los franceses MAZEAUD, H., L. y J. y CHABAS, F., *Traité théorique et pratique...*, Op. cit., pág. 638; y los italianos EBENE COBELLI, M.C. ("Risarcimento e reintegrazione in forma specifica", NGCC, 1985-II, pág. 518) y GIANNINI, G. y POGLIANI, M. (*Il danno da illecito civile*, Op. cit., págs. 13 y 270).

En igual sentido, pero, esta vez, con apoyo en su respectivo Código Civil, se pronuncia la doctrina alemana y la portuguesa. En la primera destaca FISCHER, H.A., *Los daños civiles y su reparación*, Op. cit., pág. 169, mientras que en la segunda merecen ser citados: VAZ SERRA, A. ("Obrigação de indemnização", Op. et loc. cit., pág. 151), ANTUNES VARELA, J. (*Das obrigações em geral*, Op. cit., pág. 904-905), ALMEIDA COSTA, M.J. (*Direito das Obrigações*, Op. cit., pág. 715) y MENEZES LEITÃO, L.M.T. (*Direito das obrigações*, Op. cit., pág. 402).

natura, razón por la cual algunos autores la califican abiertamente como la forma normal o típica de resarcimiento del daño⁴⁵⁸.

1.2. Ventajas

Esa mayor frecuencia de la reparación por equivalente⁴⁵⁹ se explica por las notables ventajas que ese modo de reparación presenta frente al resarcimiento *in natura*. Así, mientras que este último, como veremos, no siempre resulta posible y, aun en los casos en los que sí es viable, no siempre es suficiente para reparar la totalidad del perjuicio causado, pues no alcanza a reparar aquellos perjuicios que se han producido en el intervalo de tiempo que ha mediado entre la causación del daño y el restablecimiento de la situación *ex ante*; la reparación por equivalente, por su parte, se caracteriza, además de por su fácil aplicación —sobre todo, en relación con los daños patrimoniales, en los que basta con traducir los perjuicios causados a su valor pecuniario o de mercado—⁴⁶⁰, por su constante posibilidad y por su aptitud para resarcir todo el daño producido.

⁴⁵⁸ Es el caso del español DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, Op. cit., pág. 904; de los franceses CHARTIER, Y. (*La réparation du préjudice*, Op. cit., pág. 552) y VINEY, G. y JOURDAIN, P. (*Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, Op. cit., pág. 2); y de los italianos DE CUPIS, A. (*El daño*, Op. cit., pág. 589) y VISINTINI, G. y PINORI, A. ["Danno e tecniche risarcitorie", en G. VISINTINI (A cura di), *Il risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Giuffrè Editore, Milano, 1999, pág. 9].

Entre sus afirmaciones destacan las realizadas por los autores italianos últimamente citados, los cuales sostienen, siempre desde el punto de vista del Derecho aplicado, que el resarcimiento por equivalente constituye "la regola fondamentale in tema di risarcimento del danno", mientras que "costituisce un'eccezione la condanna del debitore al risarcimento in forma specifica" (VISINTINI, G. y PINORI, A., "Danno e tecniche risarcitorie", Op. et loc. cit., págs. 9 y 10). Y creemos que merece ser citada igualmente la afirmación vertida por los franceses VINEY y JOURDAIN, que subrayan la "prééminence de fait, sinon de droit, de l'indemnisation pécuniaire" en todos los países occidentales (VINEY, G. y JOURDAIN, P., *Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, Op. cit., pág. 2).

⁴⁵⁹ A la que aluden, entre otros, LE TOURNEAU, P. (*La responsabilité civile*, Op. cit., pág. 332); JOURDAIN, P. (*Les principes de la responsabilité civile*, Op. cit., pág. 135); VINEY, G. y JOURDAIN, P. (*Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, Op. cit., pág. 107); EBENE COBELLI, C. ["Le «grandi braccia» del risarcimento in forma specifica e della condanna in nature (Note critiche sulla giurisprudenza italiana e francese)", MAZZAMUTO, S. (A cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Op. cit., pág. 704]; BALDASSARI, A. (*Il danno patrimoniale*, Op. cit., pág. 43) y MOTA PINTO, C.A. (*Teoria geral do Direito civil*, Op. cit., pág. 114).

⁴⁶⁰ Esta nota de la facilidad o simplicidad de la reparación en dinero fue destacada por STIGLITZ y ECHEVESTI, quienes señalan que resulta más difícil, si no imposible, entregar la especie, porque siendo el dinero instrumento de medición y cambio, permite establecer el valor de los bienes y sustituirlos (STIGLITZ, G.A. y ECHEVESTI, C.A., "La determinación de la indemnización", en MOSSET ITURRASPE, J. (dir.), Op. cit., pág. 291).

Destacan igualmente esa nota los italianos VERGA, A. ("In tema di risarcimento del danno in forma specifica", *Riv. Dir. Priv.*, 1940-I, pág. 9) y GIANNINI, G. y POGLIANI, M. (*Il danno da illecito civile*, Op. cit., pág. 270).

a) En efecto, la reparación por equivalente se traduce en la entrega al perjudicado de una suma de dinero, ya cumpla éste una función de equivalencia (daños patrimoniales), ya de compensación (daños extrapatrimoniales). Pues bien, dado que el dinero, como instrumento prácticamente exclusivo de adquisición de bienes y servicios, existe siempre, se puede afirmar que dicha forma de reparación resulta en todo caso posible⁴⁶¹.

b) Pero es que, además, resulta que el dinero, al desempeñar indistintamente las funciones apuntadas (equivalencia y compensación), es apto para reparar cualquier tipo de perjuicio y, por tanto, resulta adecuado para reparar en su totalidad las diversas manifestaciones o consecuencias perjudiciales que hayan podido derivar del evento dañoso. Esto hace de la reparación por equivalente un modo universal y completo de resarcir los daños y perjuicios derivados de responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual⁴⁶².

c) Junto a estas dos ventajas principales, suelen destacar los autores una tercera. Se trata de la posibilidad de que dispone el perjudicado de emplear el dinero percibido a título de reparación del modo que considere más oportuno. Es decir, en este tipo de reparación el destino de la suma recibida no se encuentra ligado necesariamente al restablecimiento o restauración del interés dañado, sino que, por el contrario, el perjudicado puede usar de ella a su voluntad o, incluso, no destinarla a uso alguno⁴⁶³. Con esta posibilidad, mediante la cual el perjudicado puede satisfacer, a través del dinero, intereses diversos de los estrictamente dañados, la afirmación de que la reparación *in natura* resulta más perfecta porque restablece directamente el interés

⁴⁶¹ Sobre esta persistente posibilidad de la reparación por equivalente se pronunciaron FISCHER, H.A. (*Los daños civiles y su reparación*, Op. cit., pág. 133) y BALDASSARI, A. ("Il risarcimento in forma specifica", Op. et loc. cit., págs. 286 y 288).

⁴⁶² A este carácter universal o completo aluden, entre otros, el español PUIG BRUTAU, J. (*Fundamentos de Derecho Civil*, Op. cit., pág. 193) y los italianos VERGA, A. ("In tema di risarcimento del danno in forma specifica", Op. et loc. cit., pág. 8), GIANNINI, G. y POGLIANI, M. (*Il danno da illecito civile*, Op. cit., pág. 13) y BALDASSARI, A. (*Il danno patrimoniale*, Op. cit., pág. 43).

⁴⁶³ En ese sentido se han pronunciado los franceses ESMEIN, P. (*Obligations*, en PLANIOL, M. y RIPERT, G., *Traité pratique de droit civil français*, Op. cit., pág. 919), MAZEAUD, H., L. y J. (*Lecciones de Derecho Civil*, Op. cit., pág. 396); MAZEAUD, H., L. y J. y CHABAS, F. (*Traité théorique et pratique...*, Op. cit., pág. 637); LE TOURNEAU, P. (*La responsabilité civile*, Op. cit., pág. 332); JOURDAIN, P. (*Les principes de la responsabilité civile*, Op. cit., pág. 135) y VINEY, G. y JOURDAIN, P. (*Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, Op. cit., pág. 107-108). También los italianos DE CUPIS, A. (*El daño*, Op. cit., pág. 838); GIANNINI, G. y POGLIANI, M. (*Il danno da illecito civile*, Op. cit., pág. 13); CIAN, G. ["Riflessioni in tema di risarcimento in forma specifica", AA.VV., *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Vol. V (*Responsabilità civile e tutela dei diritti*), Giuffrè Editore, Milano, 1998, pág. 759] y BALDASSARI, A. (*Il danno patrimoniale*, Op. cit., pág. 43).

perjudicado, pierde, a nuestro juicio, gran parte de su virtualidad y eficacia a favor de la reparación por equivalente, que, como se aprecia en la práctica, es la preferida por las víctimas de los hechos dañosos.

Pues bien, todas estas ventajas, unidas a la influencia y predominio en la época codificadora de un modelo económico capitalista propio de los países económicamente desarrollados, en el que el dinero se concibe como instrumento privilegiado de medida y cambio de todos los bienes y servicios⁴⁶⁴, fueron las que determinaron la inicial identificación del daño resarcible con el perjuicio exclusivamente patrimonial y, con ello, la primacía y la práctica exclusividad del resarcimiento en forma de equivalente pecuniario⁴⁶⁵. No obstante, la posterior ampliación de la responsabilidad civil hacia la cobertura o tutela de intereses carentes de la nota de la patrimonialidad (derechos de la personalidad, medio ambiente, etc.) supuso la «crisis» de esa superioridad de la reparación por equivalente pecuniario, la cual, lejos de concebirse actualmente como principio o regla general del resarcimiento del daño, ha pasado a constituir simplemente una de las posibles técnicas en que se manifiesta la tutela reparadora⁴⁶⁶.

1.3. Formas que puede adoptar la reparación por equivalente

Ahora bien, la reparación por equivalente, constituyendo uno de los posibles modos de accionarse la tutela resarcitoria, que consiste en la entrega al sujeto dañado de una cantidad de dinero, puede asumir en la práctica formas diversas.

⁴⁶⁴ La consecuencia de ese sistema económico es explicada gráficamente por FERRI cuando alude a "una monetarización generalizada de las utilidades" (FERRI, G. (Jr.), "Danno extracontrattuale e valori di mercato", *Riv. Dir. Comm.*, 1992, pág. 788).

⁴⁶⁵ Sobre la congruencia de esa primacía de la reparación por equivalente con una economía de mercado, *vid.* VINEY, G. y JOURDAIN, P. (*Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, *Op. cit.*, pág. 2) y, sobre todo, los italianos SALVI, C. ("Il risarcimento del danno in forma specifica", *Op. et loc. cit.*, págs. 576, 577 y 584), CECCHERINI, G. ("Nuove ricerche in tema di risarcimento in forma specifica", *Contratto e Impresa*, 1991-I, pág. 784) y D'ADDA, A. (*Il risarcimento in forma specifica...*, *Op. cit.*, pág. 2, nota nº 3).

⁴⁶⁶ En ese sentido, SALVI, C. ("Il risarcimento del danno in forma specifica", *Op. et loc. cit.*, pág. 577), CECCHERINI, G. (*Risarcimento del danno e riparazione in forma specifica*, *Op. cit.*, pág. 55) y "Nuove ricerche in tema di risarcimento in forma specifica", *Op. et loc. cit.*, pág. 792) y D'ADDA, A. (*Il risarcimento in forma specifica...*, *Op. cit.*, pág. 11).

La más corriente consiste en la entrega al perjudicado de un capital⁴⁶⁷, esto es, de una suma de dinero calculada a tanto alzado y que es satisfecha por el responsable normalmente de una sola vez. La ventaja principal de esta forma de reparación por equivalente consiste en la posibilidad que se ofrece al perjudicado de invertir la suma obtenida para lograr con ella rentabilidad o beneficios, al tiempo que evita los futuros contactos entre perjudicado y responsable, al poner fin a las relaciones entre las partes⁴⁶⁸. Sin embargo, tiene en su contra el riesgo de que el perjudicado dilapide el capital recibido, así como la eventual imposibilidad del responsable de hacer frente a la deuda cuando la misma resulta excesivamente elevada.

La segunda modalidad del resarcimiento por equivalente, menos frecuente en la práctica, se concreta en el pago al perjudicado de una renta periódica, que puede ser temporal o vitalicia en función de la duración del respectivo perjuicio⁴⁶⁹. Este modo de indemnización resulta especialmente adecuado para la reparación de daños continuados o permanentes⁴⁷⁰, en especial, de los que afectan a la capacidad adquisitiva del sujeto dañado⁴⁷¹, respecto de los cuales presenta indudables ventajas. En efecto, además de adaptarse mejor a la duración real del perjuicio⁴⁷², elimina el riesgo de dilapidación que conlleva la entrega de un capital⁴⁷³ y, al concretarse en sumas periódicas de menor entidad, disminuye el riesgo de que el responsable no pueda pagarlas. Asimismo, el establecimiento de revisiones periódicas de la suma fijada en forma de renta permite adaptarla a las variaciones intrínsecas y extrínsecas del perjuicio, con lo que se eliminan dos posibles inconvenientes: el desajuste entre la suma a entregar por el responsable y

⁴⁶⁷ A la calificación del capital como la forma más normal de reparación pecuniaria aluden los franceses COURTOIS, H., "La réparation", *Op. et loc. cit.*, pág. 317 y CHARTIER, Y., *La réparation du préjudice*, *Op. cit.*, pág. 552. En el mismo sentido, ALMEIDA COSTA, M.J., *Direito das Obrigações*, *Op. cit.*, pág. 719.

⁴⁶⁸ La ventaja consistente en evitar los futuros contactos entre las partes fue destacada por el portugués VAZ SERRA, A., "Obrigações de indemnização", *Op. et loc. cit.*, pág. 155 y por el francés CHARTIER, Y., *La réparation du préjudice*, *Op. cit.*, pág. 553.

⁴⁶⁹ VAZ SERRA, A., "Obrigações de indemnização", *Op. et loc. cit.*, pág. 153 y ANTUNES VARELA, J., *Das obrigações em geral*, *Op. cit.*, pág. 941.

⁴⁷⁰ VAZ SERRA, A. ("Obrigações de indemnização", *Op. et loc. cit.*, pág. 152-153); LE TOURNEAU, P. (*La responsabilité civile*, *Op. cit.*, pág. 335) y CHARTIER, Y. (*La réparation du préjudice*, *Op. cit.*, pág. 553).

⁴⁷¹ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, Vol. Segundo, *Op. cit.*, pág. 514.

⁴⁷² Así lo subrayan VAZ SERRA, A., "Obrigações de indemnização", *Op. et loc. cit.*, pág. 154, DEJEAN de la BÂTIE, N., "L'obligation de réparer", en AUBRY y RAU, *Droit civil français*, *Op. cit.*, pág. 192 y VINEY, G. y JOURDAIN, P., *Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, *Op. cit.*, pág. 151.

⁴⁷³ VAZ SERRA, A., "Obrigações de indemnização", *Op. et loc. cit.*, pág. 155 y CHARTIER, Y., *La réparation du préjudice*, *Op. cit.*, pág. 556.

las nuevas circunstancias del perjuicio, que puede haber aumentado o disminuido; y la más que probable disminución del valor del dinero provocada por la constante inflación a la que están sometidas las economías modernas.

Por último, entre las formas que puede asumir la reparación pecuniaria, es posible también que ambos modos de resarcimiento por equivalente (capital y renta) aparezcan combinados, de modo tal que la indemnización consista simultáneamente en la entrega de un capital inicial y en el pago sucesivo de una renta periódica⁴⁷⁴.

2. REPARACIÓN EN FORMA ESPECÍFICA O *IN NATURA*

2.1. Origen histórico

Este modo de resarcimiento de los daños y perjuicios carece, en nuestro país, de un tratamiento profundo y unitario. Suele tratarse, aunque por lo general, someramente al estudiar las formas en que puede concretarse la reparación del daño. Sin embargo, los autores patrios no han prestado especial atención a esta forma de resarcimiento, pese a que la misma no aparece contemplada expresamente en el Código Civil, y se han limitado a admitirla, imitando así a otros países europeos, sin plantear objeciones ni justificar las razones de su acogida⁴⁷⁵.

Ese desinterés por la reparación en forma específica puede deberse, en nuestra opinión, a la concurrencia de ciertas circunstancias históricas que encuentran su justificación primaria en la tradición jurídica romana.

⁴⁷⁴ Así ocurrió en la STS (Sala 1ª) de 17 de marzo de 1998 (RJ 1122), en la que el Alto Tribunal fijó, en un supuesto en el que el perjudicado había solicitado una reparación por equivalente en forma de capital del daño sufrido, una indemnización de daños y perjuicios consistente en una cantidad en forma de capital más una renta anual, actualizada en función del IPC, aunque limitando el conjunto de cantidades a la cuantía solicitada por el actor en su demanda, para dar así cumplimiento al principio procesal de congruencia.

Por su parte, la Sala 3ª del Tribunal Supremo también estimó la demanda del perjudicado en la que solicitaba una reparación pecuniaria consistente en capital más renta vitalicia en la sentencia de 7 de octubre de 2003 (RJ 8228).

⁴⁷⁵ Radicalmente distinta se plantea la situación en Italia, en donde ya bajo la vigencia del CC de 1865, pero sobre todo a raíz de la promulgación del vigente CC de 1942, se han sucedido los debates en torno a la admisibilidad de la reparación en forma específica, así como acerca de su posición sistemática y de sus relaciones con la reparación por equivalente y con otros instrumentos de tutela de derechos. Estos debates cristalizaron en trabajos relativos a aquel modo de reparación, trabajos que, aunque se sucedieron a lo largo del siglo pasado, alcanzaron su mayor volumen cuantitativo y controvertido en su última década. Así lo señala D'ADDA en la *Premessa* a su obra (pág. XI) y en el primer Capítulo de la misma (D'ADDA, A., *Il risarcimento in forma specifica...*, *Op. cit.*, pág. 7).

En efecto, en Roma –como ya ha quedado apuntado– se conocía una única forma de resarcimiento, que, concretada en la entrega de un equivalente pecuniario, se hallaba en coherencia con el concepto dominante de daño resarcible contemplado por la *Lex Aquilia*, el cual era, como se sabe, eminentemente patrimonial⁴⁷⁶. Esa concepción del daño resarcible y de su consiguiente modo de reparación se mantuvo sin discusión hasta la época de los glosadores. Fueron éstos los que empezaron a plantearse la posibilidad de la reparación *in natura* del daño, intentando adaptar a ella los remedios jurídicos heredados de la tradición romana, para lo cual ampliaron el alcance de la ley Aquilia más allá de la compensación o equivalencia pecuniaria, llegando a comprender en ella la reconstitución *in pristinum statum* de la situación dañada⁴⁷⁷.

Dicho reconocimiento de la validez del remedio reparador *in natura* se consolidó con los autores iusnaturalistas, que le otorgaron, además, preferencia frente a la reparación en dinero. Preferencia ésta que, debido al influjo que la Escuela de Derecho Natural ejerció sobre las Codificaciones de los países germánicos, fue recogida expresamente en los Códigos civiles de ese entorno cultural y jurídico⁴⁷⁸.

Sin embargo, en España, donde las influencias iusnaturalistas llegaron con mayor retraso y con menor intensidad, siguió predominando durante bastante tiempo la concepción patrimonialista del daño resarcible y, con ella, el consiguiente predominio del resarcimiento pecuniario. Además, estas ideas se encontraban amparadas por la amplia formulación del art. 1902 de nuestro CC, que, al igual que el art. 1382 del *Code français*, contiene una simple referencia a la obligación del responsable de reparar el perjuicio causado, sin mención alguna de las formas o modos en los que puede o debe

⁴⁷⁶ En este punto, la aceptación de nuestra postura favorable a considerar la *iniuria* como el antecedente romano del daño extrapatrimonial no modifica las afirmaciones realizadas acerca de que la reparación en dinero era la única forma de resarcimiento posible en Derecho romano, pues, como ya se ha visto, también las acciones ejercitables frente a dicho delito privado (la acción estimatoria del edicto del pretor y la acción derivada de la *lex Cornelia*) se dirigían a exigir al responsable una pena privada pecuniaria.

⁴⁷⁷ Referencias a la recepción por los juristas medievales de la reparación en forma específica actuable a través de la ley Aquilia se recogen en D'ADDA, A., *Il risarcimento in forma specifica...*, *Op. cit.*, pág. 85.

⁴⁷⁸ En este sentido, señala D'ADDA que esa preferencia de la reparación en forma específica fue recogida ya expresamente en el *Codex Maximilianeus Bavaricus* de 1756 y, posteriormente, en la codificación prusiana de 1794, en la austriaca de 1811 y en el BGB alemán de 1899 (D'ADDA, A., *Il risarcimento in forma specifica...*, *Op. cit.*, pág. 91).

En la actualidad, siguen afirmando de modo expreso la primacía o preferencia de este modo de reparación, además del BGB, los Códigos Civiles austriaco, suizo y portugués.

concretarse dicha reparación, razón por la cual siguió aceptándose la antigua tradición romana del resarcimiento en dinero.

Sólo más tarde, con el afloramiento de intereses extrapatrimoniales merecedores de protección jurídica se planteó en nuestro país la conveniencia o, más bien, la necesidad de acudir a modos de reparación distintos del equivalente pecuniario. En ese momento, el binomio daño patrimonial-reparación por equivalente⁴⁷⁹ perdió buena parte de su significado, lo que hizo que se procediera a la búsqueda de otros modos de reparación más acordes con la naturaleza de los nuevos intereses a tutelar. Fue entonces cuando los autores españoles, a semejanza de lo ocurrido anteriormente en Francia, dirigieron su mirada hacia la reparación *in natura*⁴⁸⁰, limitándose a justificar la posibilidad de su reconocimiento, en ausencia de declaración positiva expresa, sobre la base del amplio enunciado del art. 1902 del CC⁴⁸¹.

2.2. Concepto, naturaleza y función

⁴⁷⁹ Binomio al que se refería SALVI para justificar la identificación entre reparación de los daños y perjuicios y resarcimiento por equivalente monetario que dominó toda una época del Derecho privado moderno (SALVI, C., "Il risarcimento del danno in forma specifica", *Op. et loc. cit.*, pág. 575).

⁴⁸⁰ Precisamente es en el ámbito de los perjuicios extrapatrimoniales donde se afirma que la reparación en forma específica desempeña una función propia. Así lo entiende CASTRONOVO, C. ["E il risarcimento in forma specifica come risarcimento del danno", *Op. et loc. cit.*, pág. 18 y "Il risarcimento in forma specifica come risarcimento del danno", en MAZZAMUTO, S. (A cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, *Op. cit.*, pág. 482].

Asimismo, son significativas las afirmaciones vertidas por sus compatriotas CECCHERINI y SALVI. La primera autora señala que "il ricorso a forme di tutela in senso lato specifica appare senza dubbio più adeguato e, quindi, (...), preferibile, rispetto ad una sentenza del giudice che si limiti a condannare l'autore del fatto illecito (e lesivo di un diritto della personalità) al risarcimento per equivalente" (CECCHERINI, G., *Risarcimento del danno e riparazione in forma specifica*, *Op. cit.*, pág. 72). Por su parte, SALVI considera igualmente que "la riparazione in natura appare (...) più idonea, che non il pagamento di una somma di denaro, ad assicurare una tutela omogenea alla natura non patrimoniale dei beni in questione" (SALVI, C., "Il risarcimento del danno in forma specifica", *Op. et loc. cit.*, pág. 596).

⁴⁸¹ En nuestro país, el camino seguido hacia el reconocimiento de la reparación en forma específica fue similar al recorrido en Francia, aunque algo más tardío, porque en este último país la influencia de las ideas iusnaturalistas fue, tanto por razones de proximidad geográfica con los países germánicos como por motivos histórico-políticos, mayor y más temprana, lo que llevó a los autores franceses a interpretar pronto el art. 1382 de su CC de forma amplia, comprendiendo en él no sólo la reparación por equivalente sino también la reparación en forma específica.

En España, la cuestión de la admisibilidad de la reparación *in natura* se resolvió adoptando la interpretación francesa, es decir, afirmando la amplitud del art. 1902 del CC para comprender en su seno ese modo de resarcimiento del daño. Así, entre los autores españoles que expresamente se han pronunciado en tal sentido se encuentran PUIG BRUTAU, J. (*Fundamentos de Derecho Civil*, *Op. cit.*, pág. 190); DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (*Tratado de responsabilidad civil*, *Op. cit.*, pág. 907); LACRUZ BERDEJO, J.L. (*Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, Vol. Segundo, *Op. cit.*, pág. 513); ALBALADEJO, M. (*Derecho Civil II*..., *Op. cit.*, pág. 972) y LUNA, A., PIÑEIRO, J., RAMOS, S. y RUBÍ, A. ("Reparación *in natura* y por equivalente...", *Op. et loc. cit.*, pág. 3).

La reparación en forma específica, a la que se alude igualmente con las denominaciones de reparación *in natura* y reparación en especie, consiste, a juicio de la mayor parte de la doctrina, en restablecer la situación que existía con anterioridad a la producción del daño⁴⁸². Ese restablecimiento de la situación *ex ante*, que tiende a reintegrar el interés dañado del sujeto perjudicado, se consigue normalmente reparando o enmendando el bien dañado, pero también, cuando lo anterior no es posible, sustituyéndolo por otro igual al destruido. Por este motivo, la reparación en forma específica no se concreta necesariamente en una obligación de hacer, como creen algunos autores⁴⁸³, sino que también puede consistir en obligaciones de dar⁴⁸⁴.

Ahora bien, en este punto se hace necesario precisar si la reparación en forma específica, consistiendo en una obligación de dar, debe tener por contenido necesariamente bienes distintos del dinero o si resulta viable igualmente una reparación *in natura* concretada en una obligación de dar de contenido pecuniario. DE CUPIS descarta de lleno esta última posibilidad, porque para él la expresión «resarcimiento o reparación *in natura*» supone precisamente, desde un punto de vista negativo, la

⁴⁸² Así lo entienden, entre otros, los españoles PUIG BRUTAU, J. (*Fundamentos de Derecho Civil*, Op. cit., pág. 191), LACRUZ BERDEJO, J.L. (*Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, Vol. Segundo, Op. cit., pág. 513) e YZQUIERDO TOLSADA, M. (*Sistema de responsabilidad civil...*, Op. cit., pág. 477); los italianos SCOGNAMIGLIO, R. ("Il risarcimento del danno in forma specifica", Op. et loc. cit., pág. 202), DE CUPIS, A. (*El daño*, Op. cit., pág. 811), GIANNINI, G. y POGLIANI, M. (*Il danno da illecito civile*, Op. cit., pág. 12) y BALDASSARI, A. (*Il danno patrimoniale*, Op. cit., pág. 41); los argentinos STIGLITZ, G.A. y ECHEVESTI, C.A., ("La determinación de la indemnización", en MOSSET ITURRASPE, J. (dir.), Op. cit., pág. 290); los franceses MAZEAUD, H., L. y J. (*Lecciones de Derecho Civil*, Op. cit., pág. 395) y JOURDAIN, P. (*Les principes de la responsabilité civile*, Op. cit., pág. 134) y los portugueses VAZ SERRA, A. ("Obrigação de indemnização", Op. et loc. cit., pág. 127) y GALVÃO TELLES, I. (*Manual de Direito das Obrigações*, Op. cit., pág. 211).

⁴⁸³ En efecto, afirma, a nuestro juicio erróneamente, que la reparación en forma específica se concreta siempre en una obligación de hacer el alemán FISCHER. Éste, refiriéndose a la primacía de este modo de reparación, señala que "*La obligación de indemnizar no recae en primer término sobre la entrega de una cantidad de dinero, sobre un dare, sino sobre un facere; y este facere, (...) tiene un contenido positivo, puesto q obliga a crear un estado de cosas q de momento no existe*" (FISCHER, H.A., *Los daños civiles y su reparación*, Op. cit., pág. 141).

Igualmente, para los argentinos STIGLITZ y ECHEVESTI la reparación en especie, como ellos la denominan, consiste en una obligación de hacer (STIGLITZ, G.A. y ECHEVESTI, C.A., "La determinación de la indemnización", en MOSSET ITURRASPE, J. (dir.), Op. cit., pág. 290).

Y así lo entiende también en nuestro país ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II...*, Op. cit., pág. 972.

⁴⁸⁴ Así lo entiende un grupo más numeroso de autores, entre los que se encuentran: DE CUPIS, que al hablar de las formas en que puede concretarse el resarcimiento *in natura* distingue entre obligaciones de dar y obligaciones de hacer (DE CUPIS, A., *El daño*, Op. cit., pág. 829); FERRI, que distingue el resarcimiento en forma específica, que puede asumir la forma de obligación de hacer o de obligación de dar, del resarcimiento por equivalente, que consiste siempre en una obligación de dar de contenido pecuniario (FERRI, G. (Jr.), "Danno extracontrattuale e valori di mercato", Op. et loc. cit., pág. 797); CIAN, que realiza la misma diferenciación entre resarcimiento *in natura* y resarcimiento por equivalente (CIAN, G., "Riflessioni in tema di risarcimento in forma specifica", Op. et loc. cit., pág. 757); y, en igual sentido, D'ADDA, A., *Il risarcimento in forma specifica...*, Op. cit., págs 4 y 9.

exclusión del dinero como medio de subrogación⁴⁸⁵. Sin embargo, la cuestión resulta dudosa en aquellos casos en los que el perjudicado solicita que se condene al responsable, no a efectuar las reparaciones precisas para reponer la situación anterior al perjuicio, sino al pago de los gastos necesarios para acometer la reparación o restablecimiento del bien o interés dañado, ya sea porque el propio perjudicado ya ha afrontado tales gastos procediendo a la reparación del objeto por sí mismo o a través de otro, ya porque tenga previsto proceder a dicha reparación. En estas hipótesis, en las que la obligación del responsable consiste en la entrega de una cantidad de dinero igual al coste de las operaciones necesarias para restablecer el *statu quo ante*, la cuestión que se plantea es si dicha obligación pecuniaria puesta a cargo del responsable constituye una reparación por equivalente o un resarcimiento en forma específica.

Para resolver esta cuestión es necesario, en nuestra opinión, tener en cuenta el criterio distintivo entre una y otra forma de reparación. Ese criterio no es otro que el modo a través del cual se produce el restablecimiento de la situación *ex ante*, pues mientras que la reparación por equivalente lo consigue por medio de la atribución al perjudicado de utilidades diferentes a las pérdidas (dinero), la reparación *in natura* lo logra proporcionando a aquél las mismas utilidades que habría obtenido en ausencia del evento dañoso.

Ahora bien, esto último (la atribución al perjudicado de las mismas utilidades que perdió a causa del daño) no siempre puede ser realizado directamente por el propio responsable, que tal vez no cuente con los medios o con los conocimientos adecuados para reponer el objeto a su anterior estado, por lo que, en ocasiones, ha de ser un tercero el que ejecute las reparaciones necesarias; e, incluso, a veces, aunque el responsable pueda proceder por sí mismo a la reparación, el perjudicado puede preferir encomendársela a terceras personas, pues parece del todo punto lógico que no confíe en la persona cuya conducta fue determinante del daño por él sufrido. Por este motivo, es

⁴⁸⁵ Concretamente entiende DE CUPIS que “no hay un concepto que pueda expresar mejor la variedad de formas que es susceptible de abarcar la reintegración en forma específica, que su determinación en vía negativa. (...). La determinación más eficaz de los modos en que puede producirse, está en su carácter negativo, para comprender todos aquellos que no tienen naturaleza resarcitoria, o sea, que se presentan como contrapuestos al resarcimiento (es decir, a la subrogación del equivalente dinerario)” (DE CUPIS, A., *El daño*, Op. cit., pág. 826).

completamente lógico atribuir al perjudicado la posibilidad de reclamar al responsable, en lugar de la reparación en sí, el importe al que ascienden los gastos de reparación⁴⁸⁶.

Así las cosas, cuando esos gastos ya hayan sido afrontados por el perjudicado con anterioridad a la demanda, no habrá problema en considerar que la condena del responsable a reintegrar su importe (obligación pecuniaria) constituye una reparación en forma específica, porque el dinero en que dicha obligación se concreta fue invertido en recuperar las utilidades perdidas, restableciendo de ese modo el *statu quo ante*⁴⁸⁷.

Mayor problema se plantea, en cambio, cuando el perjudicado reclama del responsable el importe de los gastos de reparación sin haber procedido a ella, porque en tales casos, en virtud de la libertad que asiste al perjudicado a la hora de decidir el

⁴⁸⁶ De hecho, esta posibilidad se contempla, como reparación natural, en la segunda parte del § 249 del BGB, respecto del cual señala FISCHER que "la razón legislativa de esta norma es bien fundada. No debe exigirse del perjudicado que permita al causante del daño «intervenir en su persona o en sus cosas para remediar el mal causado, mediante actos de resultado muchas veces dudosos», porque si así se hiciera, entiende el autor que "la reparación natural podría prácticamente convertirse en una carga injusta para el perjudicado, el cual, muchas veces preferiría renunciar totalmente a la indemnización a poner objetos que le son caros en manos del causante del perjuicio" (FISCHER, H.A., *Los daños civiles y su reparación*, Op. cit., pág. 169-170).

Así se ha entendido también en nuestra jurisprudencia menor. En concreto, la SAP de Jaén de 24 de septiembre de 1999 (AC 7221) y la SAP de Córdoba de 14 de mayo de 2001 (JUR 213437) admiten que el demandante solicite del responsable, en lugar de la reparación directa, la condena al pago de los gastos necesarios para afrontar la reparación de los vicios constructivos, dada la mala relación entre perjudicado y responsable y la falta de confianza de aquél en éste. Asimismo, la SAP de La Coruña de 15 de junio de 2001 (JUR 37193) niega que el perjudicado esté obligado a pasar por la reparación que haga directamente el causante de los daños e, incluso, la SAP de Palencia de 3 junio de 2004 (JUR 188711) llega a equiparar la lógica ruptura de la confianza entre el dueño de la obra y los técnicos y constructor responsables de los defectos constructivos causados con la imposibilidad de la reparación *in natura*, entendida esta última exclusivamente como ejecución de las obras de reparación por parte de esos responsables.

⁴⁸⁷ Lo entienden así MAZEAUD y CHABAS, para quienes, si bien desde el punto de vista del responsable, esa obligación de dar una suma de dinero podría considerarse como una reparación por equivalente, desde el punto de vista de la víctima, que es el que importa, dicha reparación es *in natura*, porque la víctima se sitúa, por el hecho de la ejecución de las reparaciones necesarias, en la misma situación en la que estaría si el responsable hubiera procedido por sí mismo a tales reparaciones (MAZEAUD, H., L. y J. y CHABAS, F., *Traité théorique et pratique...*, Op. cit., pág. 625).

En contra, FERRI y FRANZONI. El primero considera que "in tali ipotesi non può chiedersi il risarcimento in forma specifica (...), dal momento che esso risulterebbe (materialmente) impossibile, perché la riparazione, nella quale esso si sostanzia, è già avvenuta: in altri termini, il compimento della riparazione da parte dello stesso danneggiato preclude l'accesso a tale modalità, non potendosi chiedere che il danneggiante effettui ciò che è già effettuato. In tal caso, pertanto, la pretesa non può essere diretta che al risarcimento per equivalente, in particolare pecuniario, la cui entità, (...), non può superare il valore di scambio del bene illeso: la differenza tra tale valore ed il costo della riparazione resta, quindi, a carico del danneggiato che l'ha compiuta" (FERRI, G. (Jr.), "Danno extracontrattuale e valori di mercato", Op. et loc. cit., pág. 816-817). Por su parte, para FRANZONI, siendo éste el caso en que es menos evidente la distinción entre resarcimiento por equivalente y resarcimiento *in natura*, la obligación consistente en el reembolso de los gastos afrontados por el perjudicado para reparar la cosa debe incluirse en la categoría de la reparación por equivalente, porque, a su juicio, "quando, infatti, la spesa è affrontata dal danneggiato, la destinazione economica della somma non vale a determinare la forma del risarcimento" (FRANZONI, M., *Il danno al patrimonio*, Giuffrè Editore, Milano, 1996, pág. 647).

destino del dinero percibido, podría suceder que éste no fuera empleado finalmente en llevar a cabo las operaciones de reparación, por lo que el restablecimiento de la situación *ex ante* no tendría lugar mediante la obtención de las mismas utilidades que las pérdidas y no se podría hablar, en consecuencia, de resarcimiento *in natura*. Por el contrario, si estaríamos ante este último cuando el dinero fuese destinado efectivamente a la realización de las operaciones de reparación.

Lo anterior conduce a afirmar que la concesión de una reparación específica de contenido pecuniario en estas últimas hipótesis debería condicionarse al ejercicio de un control jurisdiccional acerca del destino del dinero percibido, es decir, habría que limitar la libertad de disposición patrimonial del perjudicado vinculando necesariamente las sumas recibidas en concepto de resarcimiento *in natura* a la efectiva reparación del bien o interés dañado⁴⁸⁸. Esta afirmación viene respaldada, además, en nuestro Ordenamiento jurídico por la práctica de alguna jurisprudencia menor, consistente en conceder al perjudicado un plazo para llevar a cabo la reparación, de manera tal que, si transcurrido dicho plazo la reparación no resulta acreditada aquél sólo resultará indemnizado en la cuantía a la que ascienda el valor del bien dañado⁴⁸⁹.

⁴⁸⁸ Comparte esta opinión, en relación con la reparación de los daños causados en vehículos de motor, CARRASCO PERERA, que cita, además, sentencias en apoyo de esa opinión que considera dominante en la jurisprudencia, pese a que, aun siendo minoritarios, existen fallos de Audiencias que permiten usar libremente la cantidad percibida en concepto de gastos de reparación. Sin embargo, aclara también este autor que ese control del destino del dinero —dirigido a evitar la indemnización de costes de reparación ficticios— y, con él, la restricción de la libertad de disposición del dañado sólo tiene sentido si “*el coste de reparación es muy superior al valor venal del vehículo; cuando los costes de reparación tienden a asimilarse al valor venal, (...) es seguro que tanto el dañante como el Tribunal se desentienden del empleo futuro que el actor haga del dinero que se embolsa*”, afirmación ésta que puede, sin duda, generalizarse más allá del ámbito de los concretos daños a vehículos (CARRASCO PERERA, A., “Reparación del daño en forma específica”, *Ar. Civ.*, 1996-II, págs. 54 y 56). Y también lo entiende así D’ADDA, pese a reconocer la dificultad que dicho control judicial podría entrañar (D’ADDA, A., *Il risarcimento in forma specifica...*, *Op. cit.*, págs. 71 y 72).

Además, el acogimiento de esta solución resulta respaldado por la reciente reforma alemana del Derecho de daños —entrada en vigor el 1 de agosto de 2002—, que, precisamente con la intención de evitar la indemnización de los costes de reparación ficticios, en concreto del IVA, en aquellos casos en los que el perjudicado no reparaba realmente el bien dañado, introdujo un segundo párrafo al apartado segundo del § 249, conforme al cual “*el IVA sólo podrá ser liquidado siempre que realmente se haya devengado*”, es decir, siempre que la reparación se haya realizado efectivamente (*Vid.*, en este sentido, INFANTE RUIZ, F.J., “La reforma del Derecho de daños en Alemania”, *Revista de Derecho Patrimonial*, n° 11, 2003, pág. 144-145).

En contra, en cambio, FRANZONI, que señala que “*la destinazione del risarcimento per equivalente non può essere vincolata dalla sentenza*” (FRANZONI, M., *Il danno al patrimonio*, *Op. cit.*, pág. 647).

⁴⁸⁹ Es de destacar en tal sentido la SAP de Córdoba de 5 de junio de 2003 (JUR 177959), cuyo F.J. 2º dice así: “*como decía la sentencia de esta sección de 21.2.2002, ha sido criterio reiteradamente establecido por esta Audiencia Provincial que se ha de conceder solo el valor venal cuando el vehículo no haya sido reparado, ni conste voluntad de reparar, habiendo sido numerosos los casos (entre otras sentencia de 24.11.2000 de esta misma sección) en los que se ha concedido la indemnización*”.

De lo anterior se concluye, entonces, que la forma que puede asumir la reparación en forma específica no tiene que consistir necesariamente en una obligación de hacer o en una obligación de dar cosas distintas al dinero, sino que puede igualmente concretarse en una obligación pecuniaria. Cuando así ocurra, el montante al que ascienda la reparación *in natura* puede no coincidir –y en la mayor parte de los casos, lo superará– con el montante al que ascendería la reparación por equivalente del mismo daño⁴⁹⁰, porque la primera contempla el daño, no como un simple desequilibrio patrimonial, como hace la reparación por equivalente, sino como una injusta privación o disminución de una determinada utilidad, a la que el perjudicado, en función de su propio orden de preferencias y de la concreta naturaleza del interés dañado, puede negarse a renunciar a cambio del equivalente dinerario. Así las cosas, habrá que tomar en consideración esos dos parámetros (orden de preferencias del perjudicado y naturaleza del interés dañado), además de los que puedan concernir al responsable, para determinar si resulta justo que el exceso de gasto que la reparación *in natura* comporta en comparación con la reparación por equivalente sea soportado por el responsable, es decir, para determinar la excesiva onerosidad de la reparación específica⁴⁹¹. De ahí la

correspondiente al valor de reparación supeditado a la efectiva realización de ésta en un plazo breve, transcurrido el cual la indemnización sería solo la que correspondiere al valor venal con o sin valor de afección". Así las cosas, en el caso a enjuiciar considera el Tribunal que *"se puede acudir al criterio antes expuesto y conceder la indemnización correspondiente al montante de la reparación 4 629.70 € para caso de que en el plazo de tres meses desde la notificación de la presente sentencia se aporte factura de reparación del referido vehículo, en caso contrario la suma a conceder será la fijada en la sentencia"*, suma ésta que, coincidente con el valor venal del vehículo dañado (1.202,02 €), resulta sensiblemente inferior a la representada por los costes de reparación.

⁴⁹⁰ Precisamente, para CARRASCO PERERA una de las particularidades de la reparación en forma específica del daño es *"la frecuente asimetría entre los costes de la reparación del daño en forma específica y la indemnización puramente compensatoria que hubiera de corresponder al dañado si la pretensión de reparación no fuera reconocida"* (CARRASCO PERERA, A., "Reparación del daño en forma específica", *Op. et loc. cit.*, pág. 51).

También el italiano D'ADDA puso recientemente de manifiesto esa realidad de la discordancia en el quantum de la obligación resarcitoria por equivalente y de la obligación pecuniaria en forma específica (D'ADDA, A., *Il risarcimento in forma specifica...*, *Op. cit.*, pág. 63).

⁴⁹¹ Supongamos que, debido a la negligencia del responsable, resulta dañado el reloj que el perjudicado había heredado de su abuelo, cuyo valor pecuniario no es excesivamente elevado, pero cuya reparación sí resulta algo costosa –en cualquier caso, más que la reparación por equivalente– debido a que sólo puede realizarse en el país donde el reloj fue fabricado en su día. En este caso, en el que la satisfacción del perjudicado sólo puede alcanzarse mediante el restablecimiento del objeto dañado a su primitivo estado, dado que no se trata de recuperar únicamente la utilidad común que cualquier reloj es susceptible de proporcionar, ¿debe rechazarse automáticamente la reparación específica, consistente en este caso en pagar los gastos precisos para el restablecimiento del reloj, por el simple hecho de que su coste es superior al de la reparación por equivalente?; ¿es justo obligar al perjudicado a renunciar a la utilidad, llamémosle sentimental, que le proporcionaba ese objeto?

importancia de calificar la obligación pecuniaria que se pone a cargo del responsable como resarcimiento en forma específica o como reparación por equivalente⁴⁹².

En cualquier caso, el resarcimiento en forma específica no aspira a borrar o eliminar el daño⁴⁹³, objetivo éste imposible de lograr desde el momento en que el daño se manifiesta en el mundo real, del cual no puede ser suprimido o cancelado⁴⁹⁴. Así las cosas, la función de esta forma de reparación es, al igual que acontece con el resarcimiento por equivalente, reponer al sujeto dañado en una situación lo más parecida posible a aquélla en la que se encontraría de no haberse producido el evento dañoso. Ahora bien, —como ya se ha dicho— mientras que el resarcimiento pecuniario realiza esta función atribuyendo al perjudicado, no las mismas utilidades que las perdidas o las dejadas de obtener con ocasión del daño sufrido, sino utilidades equivalentes (dinero); la reparación en forma específica se caracteriza precisamente por proporcionar al titular del derecho o interés dañado las mismas utilidades que aquél habría obtenido en ausencia del evento dañoso⁴⁹⁵. Es ésta la razón que lleva a la gran

⁴⁹² Sobre la importancia de esta distinción a los fines de la determinación de la excesiva onerosidad de la reparación específica, *vid.* MARELLA, M.R. ("Onerosità del risarcimento in forma specifica", *Giurisprudenza Italiana*, 1994-I, págs. 1067-1074) y CIAN, G. ("Riflessioni in tema di risarcimento in forma specifica", *Op. et loc. cit.*, págs. 758 y 760-761).

⁴⁹³ Esa función es la que le atribuyen, en nuestra opinión erróneamente, los hermanos MAZEAUD, primero en solitario, señalando que la reparación en especie "borra el daño; hace que éste desaparezca" (MAZEAUD, H., L. y J., *Lecciones de Derecho Civil*, *Op. cit.*, pág. 395); y después, junto con CHABAS, cuando afirman que con la reparación *in natura* el daño desaparece, quedando sólo el recuerdo del acto ilícito, al ser borrados o eliminados sus efectos dañosos (MAZEAUD, H., L. y J. y CHABAS, F. (*Traité théorique et pratique...*, *Op. cit.*, pág. 614).

⁴⁹⁴ En tal sentido, señaló ya DE CUPIS que "ni siquiera la reintegración en forma específica alcanza a borrar totalmente el daño en el mundo de los hechos, por la sencilla razón de que «quod factum est, infectum fieri nequit». El ordenamiento jurídico debe contentarse con aportar medios capaces de remediar el daño, de repararlo, sin poder obtener que desaparezca del número de acontecimientos producidos en el mundo real, es decir, que cese de pertenecer a la realidad histórica" (DE CUPIS, A., *El daño*, *Op. cit.*, pág. 812).

Posteriormente, afirma CASTRONOVO que "vale, anche nella prospettiva del risarcimento in f.s., la considerazione ormai centenaria che il danno non si cancella con il risarcimento, ma si sposta soltanto su una sfera giuridica altra da quella nella quale la lesione si è verificata" (CASTRONOVO, C., "E il risarcimento in forma specifica come risarcimento del danno", *Op. et loc. cit.*, pág. 38 y "Il risarcimento in forma specifica come risarcimento del danno", *Op. et loc. cit.*, pág. 509).

Y más gráficamente aún se expresa D'ADDA cuando señala, tras indicar que el daño no puede ser cancelado por una norma jurídica, que el resarcimiento en forma específica "(...) non si propone di superare limiti ontologici e di eliminare ciò che non è eliminabile (...)" (D'ADDA, A., *Il risarcimento in forma specifica...*, *Op. cit.*, pág. 81).

⁴⁹⁵ A ello parece referirse VENDITTI cuando subraya que la reparación en forma específica se dirige a "reprimere (...) il pregiudizio dal titolare stesso offerto, mediante il conseguimento di altro bene, inteso nel senso più generico, che, anziché essere espresso dal suo equivalente pecuniario (come ha luogo nel risarcimento per equivalente) sia espresso da altra entità idonea a realizzare una situazione identica a quella originaria, avente per ciò, (...), una funzione riparatrice, a anche se assolta in modo indubbiamente più specifico di quanto non si verifichi attraverso il conseguimento dell'equivalente

mayoría de los autores a considerar la reparación *in natura* como el modo más perfecto y adecuado de reparación⁴⁹⁶ y a otorgarle, por ello, un lugar preferente o primordial⁴⁹⁷ – al menos a nivel teórico⁴⁹⁸ –, llegando a calificar como plena la tutela dispensada por esta forma de resarcimiento del daño⁴⁹⁹.

Ciertamente, desde el momento en que la reparación *in natura* procura al dañado la misma utilidad de la que fue privado a consecuencia del hecho dañoso, se puede afirmar que esa forma de resarcimiento es la más adecuada para alcanzar o satisfacer el fin ideal de la reparación⁵⁰⁰, que no es otro que colocar al sujeto perjudicado en una situación lo más parecida posible a aquélla en la que se encontraría en ausencia del evento dañoso.

2.3. Inconvenientes o desventajas

pecuniario" (VENDITTI, A., "Caratteri della reintegrazione in forma specifica", *Op. et loc. cit.*, pág. 714).

De forma más clara y directa explican el modo en que el resarcimiento *in natura* cumple su fin reparador PROTO PISANI, A. ("Brevi noti in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria", *Op. et loc. cit.*, pág. 128) y D'ADDA, A. (*Il risarcimento in forma specifica...*, *Op. cit.*, pág. 11).

⁴⁹⁶ Así lo entiende el alemán FISCHER, que considera que "el régimen de reparación natural es, (...), mucho más indicado para alcanzar el fin ideal de restauración" (FISCHER, H.A., *Los daños civiles y su reparación*, *Op. cit.*, pág. 133).

En idéntico sentido se han pronunciado el español LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, Vol. Segundo, *Op. cit.*, pág. 513; el italiano DE CUPIS, A., *El daño*, *Op. cit.*, págs. 812 y 813; los franceses MAZEAUD, H., L. y J. (*Lecciones de Derecho Civil*, *Op. cit.*, pág. 395), MAZEAUD, H., L. y J. y CHABAS, F. (*Traité théorique et pratique...*, *Op. cit.*, págs. 615 y 656), LE TOURNEAU, P. (*La responsabilité civile*, *Op. cit.*, pág. 331), CHARTIER, Y. (*La réparation du préjudice*, *Op. cit.*, pág. 475) y JOURDAIN, P. (*Les principes de la responsabilité civile*, *Op. cit.*, pág. 134); y los portugueses ALMEIDA COSTA, M.J. (*Direito das Obrigações*, *Op. cit.*, pág. 714) y FREITAS RANGEL, R.M. (*A reparação judicial dos danos na responsabilidade civil...*, *Op. cit.*, pág. 26).

⁴⁹⁷ En efecto, refiriéndonos únicamente a nuestro Ordenamiento jurídico, en el que el legislador no se ha pronunciado acerca de la preferencia de una u otra forma de reparación, afirman la preferencia o la primacía del resarcimiento *in natura*, entre otros, PUIG BRUTAU, J. (*Fundamentos de Derecho Civil*, *Op. cit.*, pág. 192), SANTOS BRIZ, J. (*La responsabilidad civil...*, *Op. cit.*, pág. 325), DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (*Tratado de responsabilidad civil*, *Op. cit.*, pág. 907), LACRUZ BERDEJO, J.L. (*Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, Vol. Segundo, *Op. cit.*, pág. 513), YZQUIERDO TOLSADA, M. (*Sistema de responsabilidad civil...*, *Op. cit.*, pág. 477), ALBALADEJO, M. (*Derecho Civil II...*, *Op. cit.*, pág. 972) y VICENTE DOMINGO, E., "El daño", *Op. et loc. cit.*, pág. 279).

⁴⁹⁸ Esta precisión acerca de que la preferencia de la reparación en forma específica es formulada desde una perspectiva teórica fue realizada por FISCHER, H.A. (*Los daños civiles y su reparación*, *Op. cit.*, pág. 133), por PUIG BRUTAU, J. (*Fundamentos de Derecho Civil*, *Op. cit.*, pág. 192) y por DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (*Tratado de responsabilidad civil*, *Op. cit.*, pág. 907).

⁴⁹⁹ Así lo hace CHIANALE, A., *Diritto soggettivo e tutela in forma specifica...*, *Op. cit.*, pág. 37.

⁵⁰⁰ A sí lo a firmó FISCHER, H.A. (*Los daños civiles y su reparación*, *Op. cit.*, pág. 133) y, más recientemente, STIGLITZ, G.A. y ECHEVESTI, C.A. ("La determinación de la indemnización", MOSSET ITURRASPE, J. (dir.), *Op. cit.*, pág. 293).

Sin embargo, a esa preferencia ideal o teórica del remedio reparador específico se oponen ciertos inconvenientes que limitan su aplicación práctica.

a) Uno de esos inconvenientes consiste en la circunstancia de que la reparación en forma específica puede resultar –y a menudo resulta– imposible⁵⁰¹, en el sentido de que no es viable colocar al perjudicado en una situación análoga a aquélla en la que se encontraría de no haberse producido el evento dañoso. Es decir, resulta imposible, ya sea por razones materiales, ya por razones jurídicas, reproducir las condiciones existentes en el momento de acaecer el daño y, en consecuencia, recuperar las utilidades de que disponía el perjudicado en dicho momento, por lo que éste sólo puede ver satisfecha su pretensión al resarcimiento mediante la adquisición de un equivalente económico, esto es, de una utilidad diversa a la perdida.

b) Un segundo obstáculo a la aplicación práctica de la reparación en forma específica consiste en el hecho de que este remedio resarcitorio suele resultar insuficiente. Ello se debe a que, a menudo, no cubre todo el daño causado, pues opera hacia el futuro, pero no hacia el pasado. Es decir, pone fin a la situación dañosa, pero no repara las consecuencias perjudiciales manifestadas entre la causación del perjuicio y el restablecimiento de la situación *ex ante*. No repara, en definitiva, el daño sufrido *medio tempore*, el cual sólo puede ser resarcido mediante la reparación por equivalente⁵⁰².

c) En otras ocasiones, puede suceder que la reparación del daño en forma específica resulte excesivamente onerosa para el responsable, esto es, que entrañe para él un sacrificio económico manifiestamente desproporcionado en relación con el interés

⁵⁰¹ Aluden a la frecuente imposibilidad de este modo de reparación del perjuicio como obstáculo a la afirmación de su primacía desde el punto de vista de la aplicación práctica, entre otros, los españoles PUIG BRUTAU, J. (*Fundamentos de Derecho Civil*, Op. cit., pág. 193) y DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (*Tratado de responsabilidad civil*, Op. cit., pág. 907); los italianos SCOGNAMIGLIO, R. (“Il risarcimento del danno in forma specifica”, Op. et loc. cit., pág. 206), DE CUPIS, A. (*El daño*, Op. cit., pág. 831) y CECCHERINI, G., *Risarcimento del danno e riparazione in forma specifica*, Op. cit., pág. 51); los franceses CHARTIER, Y. (*La réparation du préjudice*, Op. cit., págs. 477-479) y JOURDAIN, P. (*Les principes de la responsabilité civile*, Op. cit., pág. 134); el alemán FISCHER, H.A., *Los daños civiles y su reparación*, Op. cit., pág. 133; y los portugueses ANTUNES VARELA, J. (*Das obrigações em geral*, Op. cit., pág. 904) y ALMEIDA COSTA, M.J. (*Direito das Obrigações*, Op. cit., pág. 715).

⁵⁰² En este sentido se han pronunciado PUIG BRUTAU, J. (*Fundamentos de Derecho Civil*, Op. cit., pág. 193), DE CUPIS, A. (*El daño*, Op. cit., pág. 831-832), CECCHERINI, G. (*Risarcimento del danno e riparazione in forma specifica*, Op. cit., pág. 52), GIANNINI, G. y POGLIANI, M. (*Il danno da illecito civile*, Op. cit., pág. 13) y VISINTINI, G. y PINORI, A. (“Danno e tecniche risarcitorie”, Op. et loc. cit., pág. 17).

dañado⁵⁰³. Siendo así, el mantenimiento de la reparación *in natura* en tales casos supondría una protección excesiva del perjudicado en detrimento de los intereses del responsable, por lo que parece más oportuno, para equilibrar la tutela de ambas partes, acudir a la reparación por equivalente, la cual, implicando para el dañador un sacrificio más llevadero o tolerable, sirve igualmente para satisfacer el derecho del perjudicado a la reparación de su daño.

d) Asimismo, algunos autores han puesto de relieve que la reparación en forma específica puede requerir un tiempo considerable o, al menos, no breve para su realización o materialización⁵⁰⁴. En efecto, a nadie se le escapa que la recomposición del objeto dañado o la búsqueda de un bien análogo al destruido entraña, en todo caso, la realización de una serie de operaciones que precisan de un cierto tiempo para su conclusión. Pues bien, esta circunstancia supone una desventaja adicional del resarcimiento específico frente a la reparación por equivalente, la cual resulta mucho más rápida, en la medida en que se resuelve en la simple entrega de una suma de dinero.

e) Finalmente, se ha advertido por parte de cierta doctrina francesa la necesidad de que la reparación *in natura* presente una equivalencia cualitativa con el daño que se pretende reparar⁵⁰⁵. Es decir, se trata de que el modo de reparación elegido sea adecuado para resarcir el concreto daño sufrido, porque ocurre, en ocasiones, que aun siendo posible acudir a ciertas formas de reparación específica, éstas no ofrecen una respuesta adecuada en relación al perjuicio que hay que reparar. Así ocurre, por ejemplo, si pretende repararse el daño causado al paciente que ha sido víctima de un error médico ordenando la publicación de la sentencia de condena del facultativo, pues dicha medida, en tal supuesto, no podrá considerarse una reparación de los daños causados, sino más bien una sanción impuesta al responsable⁵⁰⁶. Y, de igual modo, concurrirá la falta de

⁵⁰³ Así lo han entendido, entre otros, FISCHER, H.A. (*Los daños civiles y su reparación*, Op. cit., pág. 133), SCOGNAMIGLIO, R. ("Il risarcimento del danno in forma specifica", Op. et loc. cit., pág. 206), DE CUPIS, A. (*El daño*, Op. cit., pág. 832), ANTUNES VARELA, J. (*Das obrigações em geral*, Op. cit., pág. 905) y ALMEIDA COSTA, M.J. (*Direito das Obrigações*, Op. cit., pág. 715).

⁵⁰⁴ Es el caso de PUIG BRUTAU, J. (*Fundamentos de Derecho Civil*, Op. cit., pág. 193), DE CUPIS, A. (*El daño*, Op. cit., pág. 832) y GIANNINI, G. y POGLIANI, M. (*Il danno da illecito civile*, Op. cit., pág. 13).

⁵⁰⁵ Advierten esa necesidad CHARTIER, Y. (*La réparation du préjudice*, Op. cit., pág. 480) y VINEY, G. y JOURDAIN, P. (*Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, Op. cit., págs. 89 y 90), haciéndose eco de lo expuesto al respecto por su compatriota ROUJOU DE BOUBÉE, M.E. en su obra *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, Paris, 1974.

⁵⁰⁶ VINEY, G. y JOURDAIN, P., *Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, Op. cit., pág. 89.

equivalencia cualitativa de la reparación si los daños causados en un inmueble pretenden ser reparados imponiendo al responsable la obligación de entregar un automóvil al perjudicado; si la reacción frente a un perjuicio afectivo se concreta en la entrega de un televisor⁵⁰⁷; o si se condena al responsable de un daño moral a ofrecer un viaje a la víctima⁵⁰⁸. Esa falta de equivalencia cualitativa de la que puede adolecer la reparación en forma específica no resulta predicable, sin embargo, de la reparación por equivalente, la cual, dada su aptitud para desempeñar indistintamente funciones de equivalencia y de compensación, será en todo caso adecuada para reparar el perjuicio, aun cuando, descendiendo a los casos concretos, pueda ser más o menos eficaz que la reparación en forma específica.

Todos estos inconvenientes, que dificultan sobremanera la consecución de la reparación *in natura*⁵⁰⁹, son los que han llevado a que este modo de resarcimiento, que, en cuanto remedio más completo, debería prevalecer sobre la reparación por equivalente —la cual, por su parte, puede llegar a ser imprecisa y aproximativa—, asuma en la práctica una posición subordinada⁵¹⁰. De hecho, algunas de esas dificultades han llegado a configurar, tanto a nivel legislativo como jurisprudencial, auténticos límites o excepciones a la reparación en forma específica.

2.4. Excepciones o límites a la reparación en forma específica

En efecto, las legislaciones que han contemplado expresamente el remedio reparador específico establecen o regulan como excepciones a su aplicación práctica la imposibilidad y la excesiva onerosidad, así como la insuficiencia del remedio para reparar íntegramente los daños producidos. Así ocurre en el § 251 del BGB, en el art. 2058 del CCIt. y en el art. 566.1 del CCPor. En todos esos casos, el legislador establece

⁵⁰⁷ VINEY, G. y JOURDAIN, P., *Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, Op. cit., pág. 90.

⁵⁰⁸ CHARTIER, Y., *La réparation du préjudice*, Op. cit., pág. 480.

⁵⁰⁹ A la dificultad de la consecución de esta forma de reparación alude directamente FREITAS RANGEL, que a los inconvenientes ya conocidos añade, además, los problemas de prueba. Afirma, así, que "(...) na reparacão judicial o dano real é praticamente inatingível, pois é sempre difícil, em sede de prova, demonstrar a verdade real e efectiva desse dano e, consequentemente, restituir o bem em causa com todas as características da coisa destruída" (FREITAS RANGEL, R.M. *A reparação judicial dos danos na responsabilidade civil...*, Op. cit., pág. 26).

⁵¹⁰ Así lo afirma CECCHERINI, G., *Risarcimento del danno e riparazione in forma specifica*, Op. cit., pág. 52.

que el resarcimiento del perjuicio ha de llevarse a cabo mediante la entrega del equivalente pecuniario.

Pero, incluso, en los Ordenamientos jurídicos en los que la reparación específica no se encuentra admitida de forma expresa por las leyes, tanto doctrina como jurisprudencia han llegado a configurar la imposibilidad y la excesiva onerosidad de esa forma de reparación como excepciones a su aplicación práctica. Así ha ocurrido en Francia y en España.

Pero veamos con detalle cada una de estas excepciones:

2.4.1. Imposibilidad

La imposibilidad de la reparación en forma específica puede deberse tanto a razones materiales como a razones jurídicas⁵¹¹.

Efectivamente, concurre imposibilidad material de la reparación *in natura* en todos aquellos casos en los que el bien o interés dañado es, por naturaleza, irreparable e insustituible, como acontece en relación con la mayor parte de los bienes de la personalidad (v.gr., vida o integridad física o psíquica); así como en las hipótesis en las que el bien dañado ha sido destruido y resulta irremplazable, al carecer de sustitutivo en el mercado (v.gr., obras de arte únicas o bienes pertenecientes a un mismo género que, no obstante, se han dejado de fabricar, por lo que no es posible encontrar en el mercado otros que los sustituyan)⁵¹².

⁵¹¹ Aluden expresamente a ambas formas de imposibilidad los italianos EBENE COBELLI, M.C. ("Risarcimento e reintegrazione in forma specifica", *Op. et loc. cit.*, pág. 519), CHIANALE, A. (*Diritto soggettivo e tutela in forma specifica...*, *Op. cit.*, págs. 155 y 159) y VISINTINI, G. y PINORI, A. ("Danno e tecniche risarcitorie", *Op. et loc. cit.*, pág. 22); así como el francés JOURDAIN, P. (*Les principes de la responsabilité civile*, *Op. cit.*, pág. 134); y el portugués ANTUNES VARELA, J. (*Das obrigações em geral*, *Op. cit.*, pág. 904).

⁵¹² MAZEAUD y CHABAS se refieren a estos supuestos, a los que denominan imposibilidad absoluta, como casos en los que la reparación en forma específica no es humanamente posible. Entre ellos citan los daños corporales (pérdida de la vida o amputación de un miembro), los daños morales (dolor), las obligaciones de dar una cosa específica que ha sido destruida o las obligaciones de dar una cosa perteneciente a un género cuando todos los bienes pertenecientes a dicho género han desaparecido o están en manos de personas que no quieren desprenderse de ellos a ningún precio (MAZEAUD, H., L. y J. y CHABAS, F., *Traité théorique et pratique...*, *Op. cit.*, pág. 626).

Otros autores aluden a determinados ejemplos de imposibilidad material: Así, SCOGNAMIGLIO subraya la imposibilidad de la reparación *in natura* "quando si deve sostituire una cosa di specie o comunque realizzare uno stato di cose, per i suoi tratti specifici, irripetibile" (SCOGNAMIGLIO, R., "Il

Por su parte, se ha dicho que la imposibilidad jurídica concurre, con carácter general, en los supuestos en los que existe un obstáculo normativo a la prestación debida por el responsable⁵¹³, o bien cuando la reparación en forma específica conlleva un resultado ilícito o debe ser cumplida mediante el recurso a una actividad ilícita⁵¹⁴. En este sentido, se considera que la hipótesis típica de imposibilidad jurídica de la reparación del daño en forma específica tiene lugar cuando ésta requiere de la intervención personal e insustituible de un tercero –normalmente el propio responsable– que se opone a ejecutar la actividad necesaria para reparar el perjuicio⁵¹⁵. En tales casos la reparación *in natura* se vuelve imposible porque no se puede forzar u obligar al tercero a actuar (positiva o negativamente) en contra de su voluntad. Los únicos medios de presión admisibles son los que recaen sobre los bienes del deudor, pero si éste se resiste a ellos, no cabe dirigir esos medios de presión hacia su persona (en forma de torturas o de privación de libertad), ya que ello supondría un atentado a su libertad individual⁵¹⁶.

Un último supuesto de imposibilidad que ha sido tratado separadamente por algunos autores franceses, pero que, a nuestro juicio, encaja en las hipótesis de

risarcimento del danno in forma specifica", *Op. et loc. cit.*, pág. 239). Al supuesto de destrucción de una cosa específica se refieren, igualmente, sus compatriotas EBENE COBELLI, M.C. ("Risarcimento e reintegrazione in forma specifica", *Op. et loc. cit.*, pág. 519) y CHIANALE, A. (*Diritto soggettivo e tutela in forma specifica...*, *Op. cit.*, pág. 156); así como los portugueses VAZ SERRA, A. ("Obrigaçao de indemnizaçao", *Op. et loc. cit.*, pág. 144) y MENEZES LEITAO, L.M.T. (*Direito das obrigações*, *Op. cit.*, pág. 402) y los argentinos STIGLITZ, G.A. y ECHEVESTI, C.A. ("La determinación de la indemnización", MOSSET ITURRASPE, J. (dir.), *Op. cit.*, pág. 293).

Por su parte, consideran imposible la reparación en forma específica de los daños no patrimoniales los argentinos STIGLITZ, G.A. y ECHEVESTI, C.A. ("La determinación de la indemnización", MOSSET ITURRASPE, J. (dir.), *Op. cit.*, pág. 293); el italiano CHIANALE, A. (*Diritto soggettivo e tutela in forma specifica...*, *Op. cit.*, pág. 157) y los españoles LUNA, A., PIÑEIRO, J., RAMOS, S. y RUBÍ, A. ("Reparación *in natura* y por equivalente...", *Op. et loc. cit.*, pág. 4) y VICENTE DOMINGO, E. ("El daño", *Op. et loc. cit.*, pág. 280). Esta última autora, al hablar de la imposibilidad de la reparación *in natura* en el seno de los daños no patrimoniales destaca especialmente el caso de los daños corporales, a cuya imposibilidad de resarcimiento específico se refirió también en su día el francés CHARTIER, Y. (*La réparation du préjudice*, *Op. cit.*, págs. 477).

También la jurisprudencia española se ha referido en alguna ocasión a la imposibilidad de la reparación *in natura* de los daños personales, como así ocurrió en una hipótesis de accidente de circulación que causó al perjudicado importantes perjuicios y secuelas, tanto físicas como psíquicas y que fue resuelta en la STS (Sala 1ª) de 4 de abril de 1984 (RJ 1927).

⁵¹³ EBENE COBELLI, M.C., "Risarcimento e reintegrazione in forma specifica", *Op. et loc. cit.*, pág. 519.

⁵¹⁴ CHIANALE, A., *Diritto soggettivo e tutela in forma specifica...*, *Op. cit.*, pág. 159.

⁵¹⁵ Se trata de lo que MAZEAUD y CHABAS denominan imposibilidad relativa (MAZEAUD, H., L. y J. y CHABAS, F., *Traité théorique et pratique...*, *Op. cit.*, pág. 626).

⁵¹⁶ Así lo explican MAZEAUD, H., L. y J. y CHABAS, F. (*Traité théorique et pratique...*, *Op. cit.*, pág. 628) y, más recientemente, CHARTIER, Y. (*La réparation du préjudice*, *Op. cit.*, págs. 478) y JOURDAIN, P. (*Les principes de la responsabilité civile*, *Op. cit.*, pág. 134).

imposibilidad jurídica de la reparación *in natura*⁵¹⁷, se produce cuando la ejecución de ese modo de reparación implica necesariamente la contravención de una autorización administrativa. A modo de ejemplo, supongamos que un establecimiento industrial cuyo funcionamiento ha sido autorizado por resolución administrativa causa daños a los vecinos de la zona por emisión de humos, ruidos,... En el caso de que los perjudicados reclamen judicialmente el resarcimiento de sus daños y perjuicios, resulta que sólo podrán ser resarcidos mediante la entrega de un equivalente pecuniario, sin que pueda decretarse el cierre de la fábrica ni la modificación de sus condiciones de funcionamiento —medidas éstas que, en cuanto dirigidas a restablecer la situación anterior a la producción del daño, impidiendo la prolongación del mismo en el tiempo, constituirían una reparación en forma específica—. El motivo de esa imposibilidad radica en que la adopción judicial de esas medidas supondría la vulneración de una resolución administrativa y, con ello, una infracción del principio de división de poderes⁵¹⁸.

También en España ha llamado la atención esa posible concurrencia de resoluciones administrativas y civiles contradictorias y, en ese sentido, se ha llegado a afirmar, en relación, sobre todo, con las relaciones de vecindad, que *“la unidad, coherencia y armonía del Sistema jurídico constituye, (...), una de sus exigencias insoslayables, y resulta cuando menos incongruente que un poder público que actúa en dicho sistema considere compatible con el mismo una determinada actividad material al tiempo que otro poder público del mismo sistema jurídico la declara incompatible”*⁵¹⁹. Es esa afirmación la que determina que la jurisdicción civil se declare incompetente, en beneficio de la jurisdicción contencioso-administrativa, para pronunciarse acerca de la corrección de las autorizaciones concedidas por los órganos administrativos, así como para adoptar medidas reparadoras contrarias a las mismas. Así se observa en la STS (Sala 1ª) de 11 de julio de 1986⁵²⁰, en la que el Alto Tribunal casó, por incompetencia de la jurisdicción civil por razón de la materia, la sentencia impugnada en la parte en que en ella se condenaba a la entidad demandada —que,

⁵¹⁷ Porque la reconstitución *in pristinum statum* es, en esos casos, materialmente posible, si bien se opone a ella una razón jurídica: la preservación del principio de división de poderes.

⁵¹⁸ Se refieren a esta forma de imposibilidad MAZEAUD, H., L. y J. y CHABAS, F. (*Traité théorique et pratique...*, Op. cit., pág. 630), CHARTIER, Y. (*La réparation du préjudice*, Op. cit., págs. 479) y VINEY, G. y JOURDAIN, P. (*Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, Op. cit., págs. 93-96).

⁵¹⁹ GALERA RODRIGO, S., “Sentencias civiles de condena sobre actividades autorizadas por la administración”, *Revista del Poder Judicial*, nº 69, 2003, pág. 379.

⁵²⁰ RJ 4498.

amparada en una licencia municipal, había construido un frontón sin respetar las distancias prevenidas con la finca colindante— a restablecer la situación preexistente en la parte en que no se guardaban dichas distancias reglamentarias. Asimismo, dicha incompetencia se declaró en la STS (Sala 1ª) de 18 de marzo de 1992⁵²¹, en la que se pretendía la condena a “*levantar las instalaciones construidas (vaquerías, corrales y establos, que habían sido edificadas frente a la casa perteneciente al actor) y situárselas en el lugar que la Comisión de Saneamiento correspondiente establezca*”⁵²².

En definitiva, en todos los supuestos anteriores la reparación del daño no admite otra forma que el resarcimiento pecuniario, sin que quepa recurrir, en ningún caso, a la reparación en forma específica.

2.4.2. Excesiva onerosidad

A la vista de este límite, se debe acudir al resarcimiento pecuniario en detrimento de la reparación en forma específica cuando esta última suponga para el deudor responsable un sacrificio manifiestamente desproporcionado en relación con la utilidad que tal modo de resarcimiento vaya a procurar al sujeto perjudicado⁵²³. Se trata, en definitiva, de evitar que el responsable tenga que realizar un esfuerzo excesivamente gravoso o asumir un coste excesivamente elevado para reparar un daño que puede ser resarcido, también íntegramente, a un coste menor por medio de la entrega de una indemnización pecuniaria⁵²⁴.

El fundamento de esta excepción a la reparación *in natura* encuentra su razón de ser en la necesidad de procurar un equilibrio entre los intereses del perjudicado y del

⁵²¹ RJ 2202.

⁵²² En ella se afirmó la “*carencia de facultades de esta jurisdicción (civil) en lo atinente a la estricta aplicación de Ordenanzas o Reglamentos para ubicación y traslado de instalaciones que infrinjan esas normas administrativas*”.

⁵²³ En este sentido han definido el límite de la excesiva onerosidad YZQUIERDO TOLSADA, M. (*Sistema de responsabilidad civil...*, Op. cit., pág. 477); CECCHERINI, cuando se refiere a la interpretación objetiva de la excesiva onerosidad (CECCHERINI, G., *Risarcimento del danno e riparazione in forma specifica*, Op. cit., pág. 67); CHIANALE, A. (*Diritto soggettivo e tutela in forma specifica...*, Op. cit., pág. 172); ANTUNES VARELA, J. (*Das obrigações em geral*, Op. cit., pág. 905); MENEZES LEITÃO, L.M.T. (*Direito das obrigações*, Op. cit., pág. 402) y FREITAS RANGEL, R.M. (*A reparação judicial dos danos na responsabilidade civil...*, Op. cit., pág. 26).

⁵²⁴ Vid. COGNAMIGLIO, R., “Il risarcimento del danno in forma specifica”, Op. et loc. cit., pág. 241 y LUNA, A., PIÑEIRO, J., RAMOS, S. y RUBÍ, A., “Reparación *in natura* y por equivalente...”, Op. et loc. cit., pág. 5.

responsable, de modo que éste no pueda ser forzado por la víctima, mediante la manifestación de su preferencia por la reparación en forma específica, a acometer sacrificios excesivamente gravosos y no estrictamente necesarios para resarcir el daño causado⁵²⁵.

También desde una perspectiva económica se ha dado una explicación al límite de la excesiva onerosidad. Se ha dicho en tal sentido que con esa expresión se ha querido hacer referencia a hipótesis en las cuales la reparación, aun siendo posible, no responde a criterios de racionalidad económica. Es decir, se trataría de hipótesis en las que el mercado, además de reconocer al bien dañado la aptitud o idoneidad para satisfacer, si bien en menor medida, las mismas necesidades a las que estaba destinado antes de la lesión, le atribuye un valor de cambio que resulta inferior al coste de las reparaciones necesarias para recuperar plenamente su valor de uso. Siendo así, la reparación en forma específica, o lo que sería igual, la reparación del valor de uso del bien sería contraria a la racionalidad económica, desde el momento en que el coste de esa reparación, que tendría que ser soportado por el dañado, excedería la efectiva pérdida sufrida por el perjudicado, la cual se concreta en la diferencia entre los valores de cambio del bien antes y después de la lesión. Por ello, en tales supuestos la lógica económica aconseja recurrir a la reparación por equivalente⁵²⁶.

Lo cierto es que, ya se suscriba u no u otro punto de vista, el acogimiento de la excepción que nos ocupa se encuentra suficientemente justificado, como lo demuestra el hecho de que, incluso, en los Ordenamientos en los que no es contemplada expresamente, ha adquirido carta de naturaleza⁵²⁷.

⁵²⁵ Así lo entienden VAZ SERRA, A. ("Obrigaçao de indemnizaçao", *Op. et loc. cit.*, pág. 250) y SCOGNAMIGLIO. Este último no descarta, incluso, que el perjudicado pueda actuar con ánimo de venganza al exigir al responsable ese modo de reparación a sabiendas de su excesivo coste (SCOGNAMIGLIO, R., "Il risarcimento del danno in forma specifica", *Op. et loc. cit.*, pág. 241).

Más recientemente se pronuncia en sentido análogo FERRI, G. (Jr.), "Danno extracontrattuale e valori di mercato", *Op. et loc. cit.*, pág. 811.

⁵²⁶ FERRI, G. (Jr.), "Danno extracontrattuale e valori di mercato", *Op. et loc. cit.*, págs. 810 y 811. Comparte su opinión BALDASSARI, A., *Il danno patrimoniale*, *Op. cit.*, pág. 848.

⁵²⁷ Así ha ocurrido en Argentina, donde los autores son partidarios de admitir dicho límite, pese a su no contemplación en las leyes positivas (STIGLITZ, G.A. y ECHEVESTI, C.A., "La determinación de la indemnización", en MOSSET ITURRASPE, J. (dir.), *Op. cit.*, pág. 294).

E, igualmente, la excesiva onerosidad como límite a la reparación *in natura* ha sido acogida en nuestro país, tanto por la doctrina [*Vid.*, entre otros, LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, Vol. Segundo, *Op. cit.*, pág. 513; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil...*, *Op. cit.*, pág. 477; o LUNA, A., PIÑEIRO, J., RAMOS, S. y RUBÍ, A., "Reparación *in natura* y por equivalente...", *Op. et loc. cit.*, págs. 5 y 6] como por la jurisprudencia.

Ahora bien, la expresión «excesiva onerosidad» es demasiado genérica⁵²⁸, por lo que los aplicadores del Derecho deben buscar criterios de interpretación que se adapten a su finalidad. En este sentido, corresponde a los jueces, en el marco de la necesaria restrictividad que debe presidir la interpretación de toda excepción⁵²⁹, buscar los criterios precisos con los que alcanzar la solución más adecuada en cada caso para equilibrar los intereses en juego. Al respecto, dos parecen ser los criterios a los que cabe recurrir para interpretar el límite de la excesiva onerosidad⁵³⁰:

1º) Un criterio subjetivo, en el que se daría relevancia a las específicas condiciones y capacidades económicas del obligado a reparar en cada caso.

2º) Un criterio objetivo, en virtud del cual la excesiva onerosidad sería entendida como la desproporción manifiesta entre el coste o sacrificio que el responsable tendría que soportar de proceder a la reparación en forma específica y el coste o sacrificio que

Esta última se ha referido a dicho límite, sobre todo, con ocasión de la reparación de los daños causados en accidentes de tráfico a vehículos automóviles. Un estudio sobre este tema, con referencia a las excepciones a la reparación específica derivadas del criterio de la excesiva onerosidad puede verse en CARRASCO PERERA, A. ("Reparación del daño en forma específica", *Op. et loc. cit.*, págs. 51 y ss.) y, más limitadamente, en CASTILLO MARTÍNEZ, C.C. ("La indemnización por daños y la problemática de su cuantificación (cuestiones escogidas)", *Actualidad Civil* (edición digital), n° 41, 2003, págs. 4-6).

Ejemplos recientes del acogimiento de este límite por parte de los Tribunales españoles en el ámbito de los daños causados a vehículos, los encontramos en la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 20 de enero de 2001 (JUR 114931), conforme a la cual "la finalidad de la institución de la responsabilidad civil en el caso de los daños materiales se consigue preferentemente a través de la reintegración de los bienes dañados al estado anterior al acontecimiento dañoso, a través de su reparación in natura; siendo subsidiaria, en los casos en que tal reparación o reintegración sea física o materialmente imposible, o también antieconómica, el cumplimiento de tal finalidad a través de la indemnización por su equivalente pecuniario. No obstante, en los casos en que proceda la indemnización, la justa composición de los intereses de dañado y dañador, exige que la indemnización por equivalente abarque no sólo el valor venal sino también el valor en uso del bien, o, en su caso, el valor de afección que el objeto representara para el perjudicado ("valor de sustitución"), sin que en ningún caso pueda exigirse al responsable del daño un sacrificio extraordinario y desproporcionado en relación a tal valor, ni se proporcione un enriquecimiento injusto al perjudicado"; o en la SAP de Zaragoza de 7 de febrero de 2001 (JUR 116577), en la que se afirma que "no podría imponerse al responsable el tener que asumir una indemnización desproporcionada cuando puede restablecer la situación patrimonial del perjudicado de forma equivalente".

⁵²⁸ Así lo afirmó SCOGNAMIGLIO, R., "Il risarcimento del danno in forma specifica", *Op. et loc. cit.*, pág. 241.

⁵²⁹ A la interpretación restrictiva de la excesiva onerosidad se refiere MENEZES LEITÃO, L.M.T., *Direito das obrigações*, *Op. cit.*, pág. 402.

⁵³⁰ Se trata de los criterios que los autores italianos han visto aplicar sucesivamente por la jurisprudencia de su país. Por tal razón, se refieren a ellos, entre otros, EBENE COBELLI, M.C. ("Risarcimento e reintegrazione in forma specifica", *Op. et loc. cit.*, pág. 520), CECCHERINI, G. (*Risarcimento del danno e riparazione in forma specifica*, *Op. cit.*, págs. 67 y 68), BALDASSARI, A. ("Il risarcimento in forma specifica", *Op. et loc. cit.*, pág. 294) y CHIANALE, A. (*Diritto soggettivo e tutela in forma specifica...*, *Op. cit.*, págs. 170 y 171).

comportaría para él la reparación por equivalente. Es decir, la interpretación objetiva de la excesiva onerosidad supone siempre una comparación entre ambas formas de resarcimiento, que lleva a excepcionar la reparación *in natura* siempre que su coste supere, de forma significativa, el del resarcimiento pecuniario.

Sin embargo, ninguno de estos criterios es, a nuestro juicio, plenamente correcto.

En efecto, por una parte, no parece que la operatividad de la reparación en forma específica pueda depender de las particulares condiciones económicas del obligado a reparar⁵³¹, porque difícilmente cabe interpretar que el art. 1902 del CC, que no limita o atenúa dicha obligación ni siquiera en razón del grado de culpa del responsable, quisiera haberla atenuado en atención a las condiciones o circunstancias personales del obligado a reparar⁵³².

En segundo término, aun cuando el criterio objetivo ha sido acogido expresamente por algún autor italiano⁵³³, lo cierto es que tampoco resulta plenamente satisfactorio. Así, por una parte, se ha afirmado —como ya hemos visto— que es perfectamente normal que el coste de las dos técnicas resarcitorias sea divergente, porque la reparación en forma específica, a diferencia de la reparación por equivalente, es apta o idónea para reflejar las valoraciones subjetivas del perjudicado acerca del interés dañado, poniendo de relieve así su propio orden de preferencias. Por esta razón, el valor objetivo de la cosa —que es el que tiene en cuenta la reparación pecuniaria— no puede constituir un límite a aquella reparación *in natura*, de modo tal que, en cuanto supere lo más mínimo ese valor, se oponga la excesiva onerosidad y se recurra, en consecuencia, al resarcimiento en dinero. Y, por otra parte, la comparación con la reparación por

⁵³¹ Ello no significa, sin embargo, que la influencia de tales circunstancias sea nula. De todos es sabido que, en muchas ocasiones, los jueces tienen en cuenta la condición del obligado a indemnizar, señalando distintas consecuencias según que se trate de un particular o de una compañía aseguradora.

⁵³² En relación a este criterio señaló SCOGNAMIGLIO que "(...) non possano prendersi in considerazione le mere condizioni soggettive del creditore (...). Ed eccessivamente onerosa debba ritenersi, (...), la reintegrazione in forma specifica quando, nelle stesse concrete condizioni, costituirebbe uno sforzo troppo grave per ogni altro debitore" (SCOGNAMIGLIO, R., "Il risarcimento del danno in forma specifica", *Op. et loc. cit.*, pág. 242). Y, en efecto, CHIANALE afirmó, en tiempos más recientes, que esa interpretación de la excesiva onerosidad no resulta generalmente acogida por los intérpretes italianos (CHIANALE, A., *Diritto soggettivo e tutela in forma specifica...*, *Op. cit.*, pág. 170).

⁵³³ Es el caso de SALVI, que afirma que "L'eccessiva onerosità sussiste, (...), quando il sacrificio economico necessario per il risarcimento superi il valore da corrispondere in base al risarcimento per equivalente in maniera, appunto, eccessiva" (SALVI, C., "Il risarcimento del danno in forma specifica", *Op. et loc. cit.*, pág. 594).

equivalente no siempre es posible. Así ocurre con los daños no patrimoniales, respecto de los cuales la excesiva onerosidad no puede determinarse por la comparación entre el coste de la reparación en forma específica y el coste de la reparación por equivalente, porque este último consiste precisamente en el valor objetivo o de mercado del bien o interés dañado, valor del que carecen los bienes extrapatrimoniales al ser, por su propia naturaleza, insusceptibles de valoración pecuniaria⁵³⁴.

Por todas estas razones, la toma en consideración exclusiva de alguno de estos dos criterios ha sido descartada por los autores y por la jurisprudencia italianos, que se han decantado por atender, para determinar la concurrencia de la excesiva onerosidad y descartar así el recurso a la reparación *in natura*, a todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto⁵³⁵. De esta forma, deberá ser el juez el que, a la vista de tales circunstancias, valore los intereses en juego y decida si la reparación en forma específica debe excluirse por ser excesivamente onerosa o mantenerse pese al notable sacrificio que implica para el responsable⁵³⁶.

En cualquier caso, debe destacarse que la excesiva onerosidad no puede ser invocada por el responsable cuando el mismo haya actuado con dolo porque, en estos casos, se impone sin excepción la reparación integral del daño, sin que al dañado le resulte posible beneficiarse de cualquier atenuación de este principio⁵³⁷. Asimismo, otros supuestos en los que la excesiva onerosidad no suele resultar acogida por los órganos jurisdiccionales en atención, esta vez, al elevado valor del interés dañado son

⁵³⁴ La observación es recogida por CHIANALE, A., *Diritto soggettivo e tutela in forma specifica...*, *Op. cit.*, pág. 177.

⁵³⁵ Defienden esa postura, entre otros, EBENE COBELLI, M.C. "Risarcimento e reintegrazione in forma specifica", *Op. et loc. cit.*, pág. 520; CECCHERINI, G. (*Risarcimento del danno e riparazione in forma specifica*, *Op. cit.*, pág. 69); y BALDASSARI, A. ("Il risarcimento in forma specifica", *Op. et loc. cit.*, pág. 294 e *Il danno patrimoniale*, *Op. cit.*, pág. 850).

⁵³⁶ En ese sentido se pronunció también la AP de Zaragoza en sentencia de 7 de febrero de 2001 (JUR 1 16577), en la que se considera que para determinar la excesiva onerosidad de la reparación *in natura* de los daños materiales causados a un vehículo automóvil "hay que atender a las circunstancias concurrentes en cada supuesto".

⁵³⁷ Así lo afirman CECCHERINI, G. (*Risarcimento del danno e riparazione in forma specifica*, *Op. cit.*, pág. 69); BALDASSARI, A. ("Il risarcimento in forma specifica", *Op. et loc. cit.*, pág. 294 e *Il danno patrimoniale*, *Op. cit.*, pág. 850) y VISINTINI, G. y PINORI, A. ("Danno e tecniche risarcitorie", *Op. et loc. cit.*, pág. 22).

los relativos a ciertos atentados a bienes de la personalidad, fundamentalmente a la salud⁵³⁸.

2.4.3. Insuficiencia

A ella se refieren explícitamente el § 251 del BGB y el art. 566.1 del CCPor. y se puede entender que el CCIt. también hace referencia a ella, desde el momento en que admite la reparación en forma específica siempre que sea en todo o en parte posible. Efectivamente, creemos que ya se hable de insuficiencia, ya de posibilidad parcial de la reparación *in natura* los efectos que se derivan de una y otra limitación son los mismos: la oportunidad de obtener una reparación específica parcial, complementada con una indemnización pecuniaria que dé cobertura al daño no reparado a través de aquel otro remedio resarcitorio⁵³⁹. Así podrá acontecer cuando entre las consecuencias perjudiciales del hecho dañoso se encuentren, además de perjuicios susceptibles de reparación *in natura*, los denominados daños sufridos *medio tempore*, daños a bienes de la personalidad insusceptibles de ser reparados en forma específica, destrucción de objetos irreparables e insustituibles, etc.

Se observa, así, que la insuficiencia o imposibilidad parcial de la reparación en forma específica no constituye una verdadera excepción a esa forma de reparación, porque no la excluye necesariamente. Por el contrario, se configura simplemente como una limitación a su plena operatividad resarcitoria en ciertos ámbitos, que puede ser suplida o complementada, no obstante, con el recurso al resarcimiento pecuniario.

⁵³⁸ Lo observan así los italianos CHIANALE, A., *Diritto soggettivo e tutela in forma specifica...*, *Op. cit.*, pág. 179 y VISINTINI, G. y PINORI, A., "Danno e tecniche risarcitorie", *Op. et loc. cit.*, pág. 21.

⁵³⁹ Es unánime en la doctrina la opinión de que la reparación en forma específica y la reparación por equivalente pueden utilizarse conjuntamente en las hipótesis en que la primera no sea susceptible de hacer frente a la totalidad de los daños sufridos por el perjudicado. Así lo han entendido autores de diversas nacionalidades, como el alemán FISCHER, H.A. (*Los daños civiles y su reparación*, *Op. cit.*, pág. 175-176); los franceses MAZEAUD, H., L. y J. y CHABAS, F. (*Traité théorique et pratique...*, *Op. cit.*, pág. 614) y CHARTIER, Y. (*La réparation du préjudice*, *Op. cit.*, págs. 473); los portugueses VAZ SERRA, A. ("Obrigaçao de indemnização", *Op. et loc. cit.*, pág. 143), GALVÃO TELLES, I. (*Manual de Direito das Obrigações*, *Op. cit.*, pág. 212) y MENEZES LEITÃO, L.M.T. (*Direito das obrigações*, *Op. cit.*, pág. 402); y, sobre todo, un gran número de autores italianos, entre los que se puede citar a DE CUPIS, A. (*El daño*, *Op. cit.*, pág. 834), SCOGNAMIGLIO, R. ("Il risarcimento del danno in forma specifica", *Op. et loc. cit.*, pág. 240), VENDITTI, A. ("Caratteri della reintegrazione in forma specifica", *Op. et loc. cit.*, pág. 713), SALVI, C. ("Il risarcimento del danno in forma specifica", *Op. et loc. cit.*, pág. 593), CECCHERINI, G. (*Risarcimento del danno e riparazione in forma specifica*, *Op. cit.*, págs. 53 y 80), GIANNINI, G. y POGGLIANI, M. (*Il danno da illecito civile*, *Op. cit.*, pág. 272), VISINTINI, G. y PINORI, A. ("Danno e tecniche risarcitorie", *Op. et loc. cit.*, pág. 16) y BALDASSARI, A. (*Il danno patrimoniale*, *Op. cit.*, pág. 847).

2.5. Posibles formas de la reparación *in natura*

Una de las particularidades de la reparación específica es que, al poder concretarse tanto en obligaciones de dar como en obligaciones de hacer, puede adoptar en la práctica formas diversas, que le permiten adaptarse a la naturaleza y a la clase de daño a resarcir para, en función de estas circunstancias, restablecer la situación *ex ante* de la manera más adecuada. Así, el resarcimiento *in natura* puede consistir, en el ámbito de los perjuicios patrimoniales, en la reparación o reconstrucción material del bien deteriorado, en la sustitución de la cosa destruida por otra perteneciente al mismo género, en la eliminación o destrucción de lo ilícitamente hecho,... y, en la esfera extrapatrimonial, en la publicación de una rectificación, en la publicación de la sentencia de condena, en retirar de la circulación el escrito injurioso, en soportar los costes de los tratamientos médicos precisos para recuperar en lo posible la integridad física o psíquica afectada, etc.⁵⁴⁰

De entre todas estas formas que puede asumir la reparación *in natura* vamos a destacar algunas de ellas:

2.5.1. La reparación material del bien dañado

Es, como dice LACRUZ, la forma más frecuente de resarcimiento *in natura* en el ámbito de los perjuicios económicos o patrimoniales⁵⁴¹ y consiste, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, en enmendar, corregir o arreglar la cosa que está rota o estropeada.

⁵⁴⁰ A las distintas formas que puede adoptar la reparación en especie se han referido, a modo de ejemplo, los españoles PUIG BRUTAU, J. (*Fundamentos de Derecho Civil*, Op. cit., pág. 192), GARCÍA LÓPEZ, R. (*Responsabilidad civil por daño moral...*, Op. cit., pág. 113), DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (*Tratado de responsabilidad civil*, Op. cit., pág. 907) y LACRUZ BERDEJO, J.L. (*Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, Vol. Segundo, Op. cit., pág. 513); los italianos DE CUPIS, A. (*El daño*, Op. cit., pág. 829), MOCCIOLA, M. ("Problemi del risarcimento del danno in forma specifica nella giurisprudenza", *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1984, pág. 380, nota n° 37) y EBENE COBELLI, M.C. ("Risarcimento e reintegrazione in forma specifica", Op. et loc. cit., pág. 518) y el francés LE TOURNEAU, P. (*La responsabilité civile*, Op. cit., pág. 331-332).

Para una enumeración más detallada vid. VINEY, G. y JOURDAIN, P., *Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, Op. cit., págs. 58-84.

⁵⁴¹ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, Vol. Segundo, Op. cit., pág. 513.

Siendo así, lo más normal es que se concrete en una obligación de hacer, en un *facere* que se pone a cargo del sujeto obligado a reparar, pero que, como ya hemos visto, puede ser llevado a cabo directamente por el responsable, o bien por otra persona a su costa⁵⁴².

No obstante, puede consistir también esta forma de reparación específica en una obligación de dar de contenido pecuniario, siempre y cuando –como ya hemos anticipado– el destino de la cuantía percibida en concepto de resarcimiento del daño sea calculada en base a los costes reales de la reparación material del objeto dañado y destinada por el perjudicado a hacer efectiva dicha reparación. De hecho, esta modalidad pecuniaria del resarcimiento en forma específica se utiliza frecuentemente con el fin de reparar vicios constructivos apreciados en inmuebles, reponer los vehículos automóviles accidentados en su anterior estado o, incluso, curar las lesiones inferidas al cuerpo o a la mente humanas⁵⁴³.

2.5.2. Sustitución de cosa vieja por cosa nueva y reparaciones que suponen alguna mejora en el objeto dañado

En ocasiones, el restablecimiento de la situación antecedente a la causación del evento dañoso con el fin de reponer al perjudicado en el disfrute de las mismas utilidades que perdió con ocasión de aquel evento puede exigir la sustitución del bien destruido por otro análogo o, como acabamos de ver, la reparación material de dicho objeto. En tales supuestos, ningún problema se plantea cuando es posible encontrar en el mercado un bien sustitutivo con unas condiciones de uso idénticas a las del bien destruido o inutilizado ni cuando la reparación del objeto dañado puede llevarse a cabo sin necesidad de sustituir piezas o si las sustitutivas no introducen ninguna mejora en el bien a reparar.

⁵⁴² Cuando la intervención del responsable sea estrictamente necesaria para llevar a cabo la reparación, esa forma de resarcimiento *in natura* tendrá, a juicio de CHARTIER, una fuerza relativa, en el sentido de que si el responsable se opone a efectuarla, sólo cabrá la reparación monetaria. En cambio, entiende el autor francés que cuando la reparación dependa de la propia decisión judicial o de la actuación de terceros que reparan en lugar del responsable y a su costa, tendrá una fuerza absoluta, porque no se somete a la actuación del condenado (CHARTIER, Y., *La réparation du préjudice*, *Op. cit.*, pág. 503).

⁵⁴³ Sobre la consideración como reparación específica del importe al que asciende la curación de los daños corporales, *vid.* GARCÍA LÓPEZ, R., *Responsabilidad civil por daño moral...*, *Op. cit.*, pág. 117 y VICENTE DOMINGO, E., *Los daños corporales: tipología y valoración*, *Op. cit.*, pág. 316.

Sin embargo, existen casos en los que el mercado solamente ofrece bienes sustitutivos en condiciones distintas de las que tenía el bien destruido (v.gr., el mercado sólo ofrece ejemplares nuevos frente al bien destruido que estaba usado o el bien destruido ha dejado de fabricarse y sólo se fabrican otros del mismo tipo pero de superior calidad)⁵⁴⁴; así como supuestos en los que la reposición del objeto dañado a su anterior estado exige la sustitución de piezas usadas por otras nuevas. Tanto en unas como en otras hipótesis el perjudicado obtiene gratuitamente una mejora patrimonial que, para algunos autores, constituye un enriquecimiento injustificado, por lo que se plantea, entonces, la validez de dichos remedios reparadores.

A) Sustitución de cosa vieja (usada) por cosa nueva

En relación con la medida consistente en sustituir un objeto usado por uno nuevo, parece fuera de toda duda que deben rechazarse las soluciones extremas, tanto la que niega la posibilidad del resarcimiento en forma específica en tales supuestos⁵⁴⁵, como la que la acepta admitiendo, además, en todo caso, el enriquecimiento del perjudicado como una consecuencia necesaria del remedio reparador *in natura*⁵⁴⁶.

Sin embargo, tampoco nos parece convincente la solución defendida por algunos autores, consistente en admitir esta forma de reparación a condición de que la diferencia de valor entre la cosa usada y la nueva por la que se sustituye sea puesta a cargo del perjudicado, de modo que si dicha solución no le conviene, deba conformarse con una reparación por equivalente concretada en el valor que tenía la cosa usada antes de sufrir el daño o perjuicio⁵⁴⁷. Es cierto que esta solución parece la adecuada cuando la

⁵⁴⁴ Vid., al respecto, FERRI, G. (Jr.), "Danno extracontrattuale e valori di mercato", *Op. et loc. cit.*, pág. 823.

⁵⁴⁵ Esa solución es la que acoge BALDASSARI, A. (*Il danno patrimoniale*, *Op. cit.*, pág. 886) siguiendo, en este punto, a FRANZONI, M. (*Il danno al patrimonio*, *Op. cit.*, pág. 646). Ambos autores, partiendo de la afirmación de que la cosa dada a título de resarcimiento debe tener un valor idéntico al de la cosa destruida, pues de lo contrario se atribuiría al dañado un lucro injustificado, consideran que tal modalidad reparadora se hace sustancialmente impracticable, porque no siempre es fácil encontrar en el mercado un bien funcional y económicamente idéntico al destruido y, sobre todo, porque la destrucción de un bien no anula su valor, sino que lo reduce al de su desecho o residuo.

⁵⁴⁶ Esa solución es defendida, entre otros, por SALVI, C., "Il risarcimento del danno in forma specifica", *Op. et loc. cit.*, pág. 594 y por DEJEAN de la BÂTIE, N., "L'obligation de réparer", en AUBRY y RAU, *Droit civil français*, *Op. cit.*, pág. 181.

⁵⁴⁷ Así opinan, en términos prácticamente idénticos, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil...*, *Op. cit.*, pág. 478 y LUNA, A., PIÑEIRO, J., RAMOS, S. y RUBÍ, A., "Reparación *in natura* y por equivalente...", *Op. et loc. cit.*, pág. 6. También lo entiende así en la

sustitución de la cosa destruida por otra nueva no es el único modo posible de reparación íntegra del daño y, aún así, el perjudicado procede a dicha sustitución. En tales supuestos, parece lógico que se le haga asumir parte del coste de la sustitución⁵⁴⁸.

Ahora bien, fuera de estos casos, es decir, cuando la entrega de la cosa nueva es el único modo posible de reparación completa, no nos parece justo que el dañado tenga que realizar un desembolso que no habría tenido que hacer en ausencia del evento dañoso, en cuanto que todavía conservaría un objeto útil durante más o menos tiempo⁵⁴⁹. Así se apreció en el caso resuelto en la SAP de Córdoba de 13 de diciembre de 1999⁵⁵⁰, en el que habiéndose dañado la puerta de una casa con ocasión de la colisión contra ella de una motocicleta y habiéndosele concedido a la perjudicada en Primera Instancia una indemnización por el importe de los gastos de reparación de la puerta dañada, entendió la Audiencia, en base a las declaraciones del perito acerca de que “*es factible la reparación de la puerta para que ésta cumpla perfecta y correctamente su utilidad, mas (...), la tonalidad y densidad de la nueva madera haría que la puerta no tuviese la debida uniformidad*”, que “*para que se produzca una auténtica reparación íntegra del daño se ha de pasar por la colocación de una puerta nueva*”, por lo que decidió conceder a la perjudicada una indemnización ascendente al importe de una puerta nueva más los gastos de colocación de la misma.

En definitiva, creemos que, dentro de los límites expuestos, la cuestión tiene que resolverse en favor del dañado, aunque en todo caso deben tomarse en consideración las circunstancias del caso concreto, las cuales pueden determinar, en ciertas ocasiones, la necesidad de poner a cargo del dañado parte del beneficio que el mismo obtiene

doctrina extranjera el portugués ANTUNES VARELA, J., *Das obrigações em geral*, *Op. cit.*, pág. 910 y el italiano CHIANALE, A., *Diritto soggettivo e tutela in forma specifica...*, *Op. cit.*, pág. 165.

⁵⁴⁸ En efecto, la SAP de Teruel de 26 de mayo de 2004 (JUR 180506) rechazó la demanda consistente en abonar los gastos derivados de sustituir un surtidor múltiple de una gasolinera contra el que había colisionado el vehículo implicado bajo el argumento de que no se demostró, mediante informes periciales, la inexcusable necesidad de sustituir el elemento dañado en lugar de repararlo. Por esa razón, la diferencia entre el coste de sustitución y el coste de reparación tuvo que ser soportado por el perjudicado. En sentido análogo se pronunció la SAP de Toledo de 10 de diciembre de 2004 (JUR 100267).

⁵⁴⁹ Así lo entendieron autores pertenecientes a distintos Ordenamientos jurídicos, como VON THUR, quien afirmó gráficamente que “*por lo general, habrá que decidir el dilema a favor del perjudicado, ya que ha sido la otra parte quien por su culpa le ha colocado en semejante situación*” (VON THUR, A., *Tratado de las Obligaciones*, *Op. cit.*, Tomo I, pág. 84). Y, de forma similar, SCOGNAMIGLIO, R., “Il risarcimento del danno in forma specifica”, *Op. et loc. cit.*, pág. 243 y VAZ SERRA, A., “Obrigaçao de indemnizaçao”, *Op. et loc. cit.*, pág. 138.

⁵⁵⁰ AC 2251.

mediante la adquisición de un objeto nuevo en sustitución del dañado. Así podría ocurrir, por ejemplo, si el bien dañado y sustituido perteneciera a una empresa, porque, en tales casos, como advirtió VON THUR, “*el valor de los objetos en uso se va amortizando progresivamente en los libros, en atención al desgaste periódico*”, por lo que “*no resulta difícil comprobar el ahorro que puede suponer la indemnización*”⁵⁵¹. En cambio, mucho menos justificada estaría la imposición de un desembolso al perjudicado tratándose de objetos de uso doméstico, respecto de los cuales resulta más difícil calcular el eventual ahorro del que se beneficia el dañado⁵⁵².

Sea como fuere, entendemos que en todos los casos en los que el bien destruido sea sustituido por uno nuevo el responsable tiene derecho a exigir del perjudicado la entrega de la cosa dañada, para que el mismo no se enriquezca con el eventual valor del residuo⁵⁵³.

B) Introducción de mejoras en el bien dañado mediante la sustitución de piezas usadas por piezas nuevas

La controversia que se plantea respecto de esta medida reparadora en forma específica es muy similar a la anterior, pues se afirma, por parte de algunos autores, que cuando la reparación del objeto dañado tiene lugar mediante la sustitución de piezas usadas por elementos nuevos se introducen en él mejoras susceptibles de comportar un enriquecimiento injustificado para el sujeto perjudicado. Por esta razón, entienden los que opinan de tal modo que, en tales hipótesis, “*deberá moderarse la suma a fin de no enriquecer injustamente al acreedor del resarcimiento*”⁵⁵⁴. Esta fue la solución seguida

⁵⁵¹ Vid. VON THUR, A., *Tratado de las Obligaciones*, Op. cit., Tomo I, pág. 84 y, en parecidos términos, FISCHER, H.A., *Los daños civiles y su reparación*, Op. cit., pág. 150, VAZ SERRA, A., “*Obrigaçao de indemnizaçao*”, Op. et loc. cit., pág. 138 y D’ADDA, A., *Il risarcimento in forma specifica...*, Op. cit., pág. 209.

⁵⁵² Vid., de nuevo, a modo de ejemplo la ya citada SAP de Córdoba de 13 de diciembre de 1999 (AC 2251).

⁵⁵³ En ese sentido, merece ser destacada la gráfica afirmación del portugués BAPTISTA, conforme a la cual “*a indemnizaçao por forma à reobtençao de uma coisa nova, dá direito ao lesante a apropriar-se da deteriorada*” (BAPTISTA MARQUES, A. *(Da responsabilidade civil extracontractual*, Op. cit., pág. 37). De forma similar opinan ANTUNES VARELA, J., *Das obrigações em geral*, Op. cit., pág. 910 y D’ADDA, A., *Il risarcimento in forma specifica...*, Op. cit., pág. 210-211.

⁵⁵⁴ YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil...*, Op. cit., pág. 478 y, en los mismos términos, LUNA, A., PIÑEIRO, J., RAMOS, S. y RUBÍ, A., “*Reparación in natura y por equivalente...*”, Op. et loc. cit., pág. 6. También comparte esa solución el italiano CHIANALE, A., *Diritto soggettivo e tutela in forma specifica...*, Op. cit., pág. 165.

por la Audiencia Provincial de Burgos en sentencia de 24 de enero de 2000⁵⁵⁵, en la que entendió, en un supuesto en el que la reparación de los desperfectos sufridos por un vehículo de antigüedad considerable (14 años) requirió la inevitable sustitución de piezas usadas por otras nuevas, que la necesaria mejora que supone esa sustitución debe justificar una rebaja de la indemnización debida por el responsable a fin de evitar un enriquecimiento injustificado a favor del sujeto perjudicado, rebaja que el Tribunal fijó prudencialmente en el quince por ciento del coste total de la reparación.

Sin embargo, nosotros no somos partidarios de la solución que se acaba de exponer. Por el contrario, entendemos que la mejora que experimenta la cosa dañada como consecuencia de la sustitución de piezas o elementos usados por otros nuevos no puede ser concebida como un enriquecimiento injustificado, porque el dañado no habría procedido a la sustitución de no producirse el evento dañoso que se imputa al responsable. En consecuencia, cuando la sustitución de piezas usadas por otras nuevas sea el único modo posible de recuperar enteramente el valor de uso del bien dañado, no habrá lugar a poner a cargo del perjudicado el mayor valor de cambio que la cosa pueda alcanzar⁵⁵⁶. Esta solución, además, parece que ha gozado de mayor acogida en nuestros Tribunales. En efecto, la SAP de La Rioja de 20 de marzo de 1998⁵⁵⁷ rechazó la rebaja de la indemnización que solicitaba el responsable con fundamento en que la llanta del camión accidentado tuvo que ser sustituida por una nueva sobre la base de que el actor *"antes del evento tenía un neumático todavía útil durante cierto tiempo"*. La misma doctrina se contiene en la SAP de Palencia de 3 de diciembre de 1999⁵⁵⁸, en la que se rechaza la existencia de un enriquecimiento injusto a favor del perjudicado en un supuesto de sustitución del motor de un tractor⁵⁵⁹. También merece ser destacada la SAP de Murcia de 17 de marzo de 2003⁵⁶⁰, que rechaza la demanda en la que se pedía

⁵⁵⁵ AC 2754.

⁵⁵⁶ Es preciso, como se ha dicho, que la sustitución de la cosa vieja por la nueva constituya el único modo de salvaguardar el interés a la integridad del bien lesionado. Ahora bien, como afirma D'ADDA, *"se questa condizione si realizza, davvero «peggio per il responsabile»"* (D'ADDA, A., *Il risarcimento in forma specifica...*, Op. cit., pág. 207).

⁵⁵⁷ AC 4159.

⁵⁵⁸ AC 2473.

⁵⁵⁹ Este fallo es significativo, además, porque se pronuncia acerca del criterio aplicable en materia de accidentes de circulación, pese a no inscribirse en dicho ámbito el supuesto que enjuició. Efectivamente, en su F.J. 4º declara el Tribunal que se produce *"en este caso una situación similar a la derivada de un accidente de circulación, cuando a consecuencia del mismo se produce la sustitución de piezas o mecanismos en los vehículos implicados, que se indemnizan con el precio de sustitución, sin moderación alguna, en criterio que debe ser mantenido también en el presente procedimiento"*.

⁵⁶⁰ JUR 123570.

que el demandado se hiciera cargo del cambio de carrocería de un vehículo accidentado debido a que el actor no aportó prueba que justificara la necesidad de dicho cambio.

2.5.3. La publicación o difusión de la sentencia de condena y el derecho de rectificación

Estas modalidades de reparación *in natura* se consideran formas de reacción adecuadas frente a la causación de ciertos daños extrapatrimoniales, especialmente, los que afectan a bienes de la personalidad relativos a la vida privada tales como el honor, la reputación, la intimidad, la propia imagen,⁵⁶¹ y, principalmente, cuando tales daños han sido producidos a través de medios de comunicación social.

Se trata de formas de reparación específica que –como veremos–, en la mayoría de los casos consiguen simplemente un resarcimiento parcial del daño causado y que poseen una eficacia relativa, desde el momento en que, en ocasiones, pueden llegar a ser, incluso, contraproducentes. Pero que, pese a ello, cuando resulten adecuadas para reparar el daño causado, deben considerarse preferibles frente al resarcimiento por equivalente, ya que éste, dada la naturaleza personal de los bienes extrapatrimoniales afectados, que determina la imposibilidad de su traducción a términos económicos, tampoco constituye el modo más adecuado o perfecto –sino sólo aproximativo– de reponer al perjudicado en la situación anterior al daño⁵⁶².

Ahora bien, como hemos indicado, tanto la publicación o difusión en medios de comunicación social (prensa, radio, televisión,...) de la sentencia que declara la responsabilidad civil del dañador y lo condena en consecuencia, como el derecho de rectificación que asiste al perjudicado para refutar o desmentir los hechos relativos a su persona que considere inexactos y perjudiciales a través del mismo medio en el que fue difundida la información injuriosa⁵⁶³, constituyen modalidades de reparación *in natura*

⁵⁶¹ Así lo destacó DE CUPIS, A., *El daño*, Op. cit., pág. 839 y, más recientemente, GARCÍA LÓPEZ, R., *Responsabilidad civil por daño moral...*, Op. cit., pág. 114 y CECCHERINI, G., *Risarcimento del danno e riparazione in forma specifica*, Op. cit., pág. 71.

⁵⁶² Lo entiende así CECCHERINI, G., *Risarcimento del danno e riparazione in forma specifica*, Op. cit., pág. 72.

⁵⁶³ Derecho que, en nuestro Ordenamiento jurídico, se encuentra regulado por medio de la LO 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Rectificación.

que, con frecuencia, realizan el fin reparador de manera solamente parcial⁵⁶⁴. Ello se debe a que, como toda reparación en forma específica, miran hacia el futuro, eliminando para el porvenir los efectos perjudiciales de la ofensa producida en el derecho o interés dañado, pero sin actuar sobre las consecuencias dañosas verificadas con anterioridad ni sobre los eventuales perjuicios económicos que del mismo hecho hayan podido derivar, por lo que normalmente son incapaces de restablecer por sí solas el *statu quo ante*. Por eso, no sólo no resulta extraño, sino que es, además, deseable que dicho modo de reparación *in natura*, al margen de la satisfacción moral que pueda proporcionar al dañado⁵⁶⁵, venga completado con una indemnización pecuniaria⁵⁶⁶.

Y, en segundo término, nos hallamos ante modos de reparación en especie que tienen una eficacia relativa⁵⁶⁷, que difícilmente logran restaurar la situación existente antes del evento dañoso por mucho que se alcance su más perfecta materialización —que tiene lugar haciendo llegar la sentencia de condena o la rectificación al mismo círculo de personas que tuvo acceso a la información injuriosa—, porque, incluso, en tales hipótesis, es posible que la medida reparadora no logre convencer al público, muy dado a formarse rápidamente sus propios juicios de valor, de la verdad invocada por el perjudicado⁵⁶⁸. Pero es que, además, dicha materialización perfecta no se logra prácticamente nunca, pues, dado que los lectores, espectadores, radioyentes, etc. no

⁵⁶⁴ Así lo han entendido CECCHERINI, G., *Risarcimento del danno e riparazione in forma specifica*, *Op. cit.*, pág. 75 y GARCÍA LÓPEZ, R., *Responsabilidad civil por daño moral...*, *Op. cit.*, pág. 116.

⁵⁶⁵ A esa satisfacción “congruente con la naturaleza del bien lesionado” que proporciona al perjudicado estas formas de reparación *in natura* se ha referido en la doctrina italiana SALVI, C., “Il risarcimento del danno in forma specifica”, *Op. et loc. cit.*, pág. 598.

⁵⁶⁶ Rotundo al respecto se ha mostrado BONILINI, al afirmar que “la divulgazione della sentenza di condanna, (...) può al più mostrare un’attitudine riparatoria supplementare, non sostitutiva” [BONILINI, G., “Il danno non patrimoniale”, en ALPA, G. y BESSONE, M., *La responsabilità civile (una rassegna di dottrina e giurisprudenza)*, Tomo V, UTET, 1987, pág. 455].

Y en nuestro país GARCÍA LÓPEZ ha considerado que estos modos de reparación *in natura*, por ser parciales, exigen un complemento pecuniario (GARCÍA LÓPEZ, R., *Responsabilidad civil por daño moral...*, *Op. cit.*, pág. 116).

⁵⁶⁷ En ese sentido se pronunció CHARTIER, cuando señaló que tales medidas constituyen formas de reparación *in natura* imperfectas porque no reponen exactamente el interés dañado a la situación anterior, por lo que suelen combinarse con la reparación por equivalente. Sin embargo, entiende el autor francés que las mismas no se limitan sólo a compensar el daño, sino que se dirigen a borrarlo, a evitarlo en el futuro (CHARTIER, Y., *La réparation du préjudice*, *Op. cit.*, pág. 503).

De forma parecida, CECCHERINI, G., *Risarcimento del danno e riparazione in forma specifica*, *Op. cit.*, págs. 71 y 75.

⁵⁶⁸ Esta es, precisamente, la finalidad de tales remedios reparadores, pues, como señala GARCÍA LÓPEZ, “a través de estos cauces se puede conseguir, al menos parcialmente, destruir o hacer desaparecer los conceptos que la acción injuriosa o difamatoria impregnaron en la conciencia de la comunidad social, logrando así restituir el honor mancillado” (GARCÍA LÓPEZ, R., *Responsabilidad civil por daño moral...*, *Op. cit.*, pág. 116).

siempre son fieles a los productos que los medios de comunicación social les ofrecen, nada garantiza que los destinatarios de la medida reparadora vayan a ser los mismos que conocieron la información perjudicial. Así, del mismo modo que es posible que no todos los que tuvieron acceso a dicha información lleguen a conocer la medida reparadora consistente en la difusión de la sentencia de condena o en la divulgación de la rectificación del perjudicado, es muy posible también que dicho remedio reparador llegue a conocimiento de personas que en su día no tuvieron acceso a la información lesiva del derecho o interés dañado, siendo entonces tal remedio contraproducente⁵⁶⁹, al ampliar aún más el círculo de sujetos que, a la vista de dicha información y de la defensa entablada por el perjudicado, pueden albergar dudas sobre cuál es la versión verdadera y formarse sus propios juicios de valor acerca de la personalidad del sujeto dañado. Y ello puede verse agravado en aquellos supuestos en los que la reparación del daño concretada en alguna de estas medidas tenga lugar tiempo después de su producción, porque entonces el remedio reparador, más que a «borrar» el daño, puede contribuir a recordar unos hechos que tal vez ya habían sido olvidados por la opinión pública.

No obstante, pese a ese carácter parcial y relativo, debe decirse que el recurso a estas modalidades de reparación en forma específica, sobre todo, al consistente en difundir la sentencia de condena, encuentra una constante aplicación práctica en el seno de nuestros Tribunales de Justicia en relación con los daños causados al honor e intimidad, así como también en relación con otros derechos de la persona, como el derecho moral de autor⁵⁷⁰.

⁵⁶⁹ Así, BONILINI, G., "Il danno non patrimoniale", en ALPA, G. y BESSONE, M., *La responsabilità civile...*, Op. cit., pág. 455; CECCHERINI, G., *Risarcimento del danno e riparazione in forma specifica*, Op. cit., pág. 72 y SALVI, C., "Il risarcimento del danno in forma specifica", Op. et loc. cit., pág. 599.

⁵⁷⁰ Carecería de sentido, dada la ingente cantidad de fallos recaídos al respecto, proceder aquí a una enumeración de las sentencias que, en materia de protección del honor y de la intimidad, condenan a publicar el fallo condenatorio como forma parcial de reparación de los daños causados, junto con la condena al pago de la indemnización que se estime oportuna.

Mucho menos numerosas son las sentencias que, en materia de derecho moral de autor, recurren a la adopción de alguna de estas medidas reparadoras específicas. Por ello, en este caso sí creemos conveniente citar algunas, que, con excepción de la STS (Sala 1ª) de 19 de julio de 1989 (RJ 5725), proceden de la jurisprudencia menor. Es el caso de la SAP de Huesca de 8 de julio de 1992 (AC 999), de la SAP de Barcelona de 28 de enero de 2000 (AC 134) o de la SAP de Valencia de 29 de octubre de 2003 (JUR 2004/49588).

II. LA FACULTAD DE ELECCIÓN DE LA FORMA DE REPARACIÓN

La cuestión que se plantea en este punto es la de saber a quién corresponde elegir la forma de reparación más adecuada en cada caso concreto. Se trata, en definitiva, de determinar quién se encuentra facultado para decidir si, en un supuesto dado, se procede a reparar el daño en forma específica o por equivalente pecuniario.

Ante esta formulación, no cabe duda que el propio planteamiento de la cuestión presupone necesariamente la posibilidad efectiva de recurrir a ambas modalidades resarcitorias, porque lo contrario, es decir, la imposibilidad de la reparación en forma específica —puesto que el resarcimiento pecuniario es siempre posible— supondría la eliminación de toda alternativa, o sea, del poder de elección en beneficio del único remedio reparador practicable, que no sería otro que la reparación por equivalente. Algo parecido sucede cuando concurre la excesiva onerosidad en la reparación en especie, si bien en este caso la posibilidad de opción subsiste inicialmente pero es limitada *a posteriori* por la alegación y estimación de aquella excepción⁵⁷¹.

Pues bien, a la hora de responder al interrogante planteado nos encontramos con que las soluciones pueden ser diversas y, de hecho, lo son —como veremos— en las distintas legislaciones nacionales.

1. LAS DIVERSAS SOLUCIONES

1.1. Preferencia general de la reparación *in natura* y consiguiente facultad de elección de ésta a favor del perjudicado y del responsable

Una de las posibles soluciones consiste en atribuir siempre a la reparación en forma específica preferencia sobre la reparación por equivalente, de tal modo que cuando la primera sea posible y no resulte excesivamente onerosa para el responsable se imponga de manera automática sobre el remedio pecuniario. En este caso, la reparación *in natura* se presenta como regla general y el resarcimiento en dinero, como remedio subsidiario o

⁵⁷¹ De forma parecida, DE CUPIS, A., *El daño*, Op. cit., pág. 834.

excepcional y, por ello, tanto el perjudicado como el responsable pueden optar por la reparación específica. Es decir, puede el perjudicado exigir esa forma de resarcimiento en contra de la voluntad del responsable –salvo que éste consiga probar la concurrencia de onerosidad excesiva–, del mismo modo que este último puede prestarla en contra de la voluntad de aquél –salvo que dicha forma de reparación entrañe para la víctima un peligro o inconveniente⁵⁷²–. Ahora bien, fuera de estas hipótesis parece que tal principio podría derogarse, operando la reparación pecuniaria en vez de la específica, mediante el acuerdo o la conformidad de ambas partes para recurrir a dicha modalidad reparadora⁵⁷³.

⁵⁷² Esta última precisión es realizada por MAZEAUD y CHABAS, quienes la ejemplifican señalando que la víctima puede rechazar la reparación *in natura* propuesta por un cirujano que se ofrece para practicarle una operación quirúrgica (MAZEAUD, H., L. y J. y CHABAS, F., *Traité théorique et pratique...*, Op. cit., pág. 621).

⁵⁷³ Esa es, básicamente, la solución defendida en nuestro país por LACRUZ, para quien, en virtud del derecho preferente a la reparación *in natura*, “tanto el lesionado como el agente tienen derecho, (...), a optar por la reparación específica” (LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, Vol. Segundo, Op. cit., pág. 513). En sentido similar, afirmando la preferencia de dicha forma de reparación, se ha pronunciado también ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II...*, Op. cit., pág. 972-973.

En Francia, opinan de ese modo los MAZEAUD, cuando señalan que “la víctima no puede rechazar la reparación en especie cuando se le ofrece por el responsable y exigir, en su lugar, el pago de una indemnización”, aunque “si la reparación en especie no es ofrecida por el responsable, la víctima no está obligada a demandarla, ni el juez está obligado a disponerla” (MAZEAUD, H., L. y J., *Lecciones de Derecho Civil*, Op. cit., pág. 395). La misma opinión se recoge en la obra de MAZEAUD y CHABAS, en la que se afirma que, pese a no enunciarse en el Código Civil francés una fórmula general en tal sentido, debe reconocerse el derecho de la víctima a exigir una condena *in natura*, así como su obligación de contentarse con la reparación específica cuando el responsable se la ofrezca. Ahora bien, fuera de este último supuesto, señalan los autores que la víctima debe poder elegir, entre los diferentes modos de reparación, el que considere más adecuado para reparar su daño (MAZEAUD, H., L. y J. y CHABAS, F., *Traité théorique et pratique...*, Op. cit., págs. 616 y 621).

En Portugal, en la medida en que el art. 562 de su Código Civil es interpretado generalmente, en combinación con el art. 566, como una declaración de la preferencia de la reparación en forma específica, también parece acogerse la solución apuntada en el texto. Así lo entiende PESSOA cuando dice que “à face da lei actual, parece que o credor pode exigir a indemnização específica, mesmo contra a vontade do devedor, e que este a pode prestar, mesmo contra a vontade daquele”. Es decir, “o novo Código atribui a qualquer dos sujeitos o poder de escolher a indemnização específica, embora reconheça ao lesante a faculdade de se opor à reposição natural requerida pelo credor, se for excessivamente onerosa, e ao lesado, a faculdade de se opor à requerida pelo devedor, se não reparar integralmente o dano” (PESSOA JORGE, F., *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Op. cit., págs. 421 y 422). Idéntica es la opinión sostenida por ALMEIDA COSTA, que considera que “é no interesse de ambas as partes e como modo normal de indemnização que a restauração natural se encontra estabelecida”, por lo que tanto el acreedor como el deudor pueden imponerla, si bien, en palabras del propio autor, “trata-se de um princípio susceptível de ser afastado pelo acordo dos interessados” (ALMEIDA COSTA, M.J. *(Direito das Obrigações)*, Op. cit., pág. 716). Una postura particular en contra de esta opinión generalizada entre los autores portugueses es la que sostiene FREITAS RANGEL, el cual entiende que la reparación natural se encuentra fijada en interés del perjudicado y no del dañador, por lo que aquél es libre para optar entre la restauración natural y la indemnización en dinero. Por ello, a su juicio, si el perjudicado opta por la reparación pecuniaria, puede rechazar la reparación *in natura* que el responsable quiera prestarle (FREITAS RANGEL, R.M., *A reparação judicial dos danos na responsabilidade civil...*, Op. cit., pág. 26).

Se trata básicamente de la solución acogida en Alemania y en Portugal, en donde el § 249 del BGB⁵⁷⁴ y el art. 562 del CCPor.⁵⁷⁵, respectivamente, establecen la preferencia de la reparación específica.

1.2. Atribución de la facultad de elección al perjudicado

Sin embargo, la opinión mayoritaria acerca de a quién corresponde la facultad de decidir el modo a través del cual debe operarse la reparación del perjuicio es la que atribuye dicha facultad al sujeto perjudicado. Se entiende que su interés resulta adecuadamente protegido permitiéndole elegir entre la reparación en forma específica y la reparación por equivalente⁵⁷⁶, en función de la que libremente considere mejor, es decir, más idónea o conveniente para ver resarcido su daño⁵⁷⁷.

De acuerdo con esta solución, al responsable no le corresponde ninguna posibilidad de opción, es decir, carece de iniciativa en orden a la determinación de la forma de resarcimiento, salvo, claro está, que, frente a la demanda de reparación específica por parte del perjudicado, demuestre la imposibilidad de dicha forma de reparación o la desproporción manifiesta entre el sacrificio que para él supone y la utilidad que proporciona al titular del interés dañado⁵⁷⁸. Sin embargo, fuera de estos casos, el

⁵⁷⁴ El § 249 del BGB señala que quien está obligado a realizar una indemnización de daños ha de reponer el estado que habría existido si la circunstancia que le hace responsable de la indemnización no hubiera ocurrido. Si la indemnización que se exige es por dañar a una persona o a una cosa, el acreedor puede exigir, en vez de la restitución, la suma de dinero necesaria para dicha restitución.

Aunque la segunda parte de este precepto parece conceder al perjudicado libertad para escoger en vez de la reparación específica el resarcimiento pecuniario, los autores consideran que, en cuanto se refiere a la cuantía que precisa el perjudicado para proceder por sí mismo o por medio de otro a la reparación del bien dañado, sigue manteniéndose en la esfera de la reparación natural (*Vid.* FISCHER, H.A., *Los daños civiles y su reparación*, *Op. cit.*, pág. 171 y HEDEMANN, J.W., *Tratado de Derecho Civil*, *Op. cit.*, pág. 121). No obstante, este último autor señala que, sin embargo, "el acreedor que opte por esta alternativa no está obligado a hacer la reparación, sino que puede utilizar la suma de dinero a su voluntad", afirmación ésta que, a nuestro juicio, hace dudosa la inclusión de esa obligación pecuniaria en la categoría de la reparación específica.

⁵⁷⁵ Dice este art. 562 del CCPor.: "*Quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação*".

⁵⁷⁶ SCOGNAMIGLIO, R., "Il risarcimento del danno in forma specifica", *Op. et loc. cit.*, pág. 236-237. Este autor considera que la protección del interés del perjudicado no resultaría adecuadamente protegida si se adoptara la solución consistente en dejar al arbitrio del juez la elección del modo de reparación ni tampoco si se optara por la solución alemana de imponer al responsable como regla general la obligación de reparar *in natura*.

⁵⁷⁷ DE CUPIS, A., *El daño*, *Op. cit.*, pág. 832.

⁵⁷⁸ En ese sentido se han manifestado expresamente GIANNINI, G. y POGLIANI, M. (*Il danno da illecito civile*, *Op. cit.*, pág. 273) y, con anterioridad, lo hizo VENDITTI, cuando afirmó que "*alla facoltà del danneggiato di chiedere la reintegrazione in forma specifica non può non corrispondere l'obbligo del*

ofrecimiento por parte del dañador de cualquiera de los modos de resarcimiento no resulta en ningún caso vinculante para el perjudicado, que puede optar libremente por el otro si lo considera más conveniente para la satisfacción de su interés a la reparación⁵⁷⁹.

Esta orientación, por la que parecían inclinarse los autores portugueses antes de la promulgación del CC vigente de 1966⁵⁸⁰, fue acogida por el legislador italiano en el art. 2058 de su CC actual⁵⁸¹ y es aceptada, consiguientemente, por la totalidad de la doctrina italiana⁵⁸², llegando a afirmarse, en alguna ocasión, en clara contraposición con la solución acogida en Alemania y en Portugal, que el CCIt. no ha caído en la «trampa naturalística» de considerar en todo caso la reparación en forma específica como la reacción más apropiada al daño. Al contrario, al prever el apartado primero de su art. 2058 que el dañado puede pedir la reparación *in natura* cuando sea posible y al añadir el apartado segundo de ese mismo precepto el poder o facultad del juez de evitarla cuando resulte excesivamente onerosa para el responsable, el legislador italiano ha colocado la reparación en forma específica en la esfera real de las relaciones jurídicas, en la que carece de sentido plantearse si la reparación *in natura* es o no superior al resarcimiento por equivalente, pues lo realmente importante es determinar en cada caso concreto cuál es el remedio más conveniente, en la confrontación de los intereses del perjudicado y del responsable, para reparar el daño⁵⁸³.

danneggiante di adeguarsi ai modi con cui la reintegrazione potrà esplicarsi" (VENDITTI, A., "Caratteri della reintegrazione in forma specifica", *Op. et loc. cit.*, pág. 713).

⁵⁷⁹ Así lo entienden SCOGNAMIGLIO, R. ("Il risarcimento del danno in forma specifica", *Op. et loc. cit.*, pág. 237), GIANNINI, G. y POGLIANI, M. (*Il danno da illecito civile*, *Op. cit.*, pág. 273) y CIAN, G. ("Riflessioni in tema di risarcimento in forma specifica", *Op. et loc. cit.*, pág. 768).

⁵⁸⁰ *Id.*, en este sentido, VAZ SERRA, A. ("Obrigaçao de indemnizaçao", *Op. et loc. cit.*, pág. 143), GALVÃO TELLES, I. (*Manual de Direito das Obrigações*, *Op. cit.*, pág. 212) y, aunque refiriéndose ya al CC de 1966 —si bien en su primer año de vigencia—, BAPTISTA MARQUES, A. (*Da responsabilidade civil extracontratual*, *Op. cit.*, pág. 37).

Curiosamente, sigue defendiendo esa solución en la actualidad y pese a la interpretación generalizadamente contraria del art. 562 del CCPor. FREITAS RANGEL, R.M., *A reparaçao judicial dos danos na responsabilidade civil...*, *Op. cit.*, pág. 26.

⁵⁸¹ El art. 2058 del CCIt. de 1942 dispone lo siguiente: "*Risarcimento in forma specifica. — Il danneggiato può chiedere la reintegrazione in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile. Tuttavia il giudice può disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore*".

⁵⁸² A modo de ejemplo, *vid.* SCOGNAMIGLIO, R. ("Il risarcimento del danno in forma specifica", *Op. et loc. cit.*, pág. 236), VENDITTI, A. ("Caratteri della reintegrazione in forma specifica", *Op. et loc. cit.*, pág. 713), DE CUPIS, A. (*El daño*, *Op. cit.*, págs. 588, 832 y 833), EBENE COBELLI, C. ("Le «grandi braccia» del risarcimento in forma specifica...", *Op. et loc. cit.*, pág. 520), GIANNINI, G. y POGLIANI, M. (*Il danno da illecito civile*, *Op. cit.*, pág. 273) y BALDASSARI, A. ("Il risarcimento in forma specifica", *Op. et loc. cit.*, pág. 292 e *Il danno patrimoniale*, *Op. cit.*, pág. 42).

⁵⁸³ Esa observación fue realizada por CASTRONOVO, C., en "E il risarcimento in forma specifica come risarcimento del danno", *Op. et loc. cit.*, pág. 22 y en "Il risarcimento in forma specifica come risarcimento del danno", *Op. et loc. cit.*, pág. 487.

En efecto, esta solución, que no declara la preferencia en todo caso de la reparación *in natura*, parece más correcta porque sucede en ocasiones que, aun cuando la reparación específica es posible, el dañado prefiere la reparación por equivalente, por entender que esta última responde mejor que aquélla a su interés⁵⁸⁴. Así puede ocurrir, por ejemplo, si dañado un electrodoméstico de cierta antigüedad, su propietario prefiere, en lugar de repararlo, obtener su valor en dinero con el fin de aplicarlo, añadiendo lo que sea preciso, a la compra de otro más moderno.

Ese entendimiento es el que ha parecido inspirar también al legislador argentino, que en el art. 1083 de su Código civil adoptó una postura mixta consistente en considerar la reparación *in natura* como regla general, pero matizándola mediante la atribución al perjudicado de la libertad de excepcionar dicho modo de reparación a través de la elección del resarcimiento pecuniario⁵⁸⁵. Es decir, en ese precepto la libertad de elección del perjudicado se erige, junto con la imposibilidad de la reparación específica, en excepción a dicho modo de resarcimiento⁵⁸⁶.

En España, ante la falta de respuesta legislativa a la cuestión planteada, han considerado correcta esta solución consistente en atribuir al perjudicado la facultad de elegir el modo de reparación del perjuicio en cada caso concreto PUIG BRUTAU⁵⁸⁷, ROCA TRÍAS e YZQUIERDO TOLSADA⁵⁸⁸.

1.3. Elección por parte del juez

⁵⁸⁴ Así lo entiende también DE CUPIS cuando declara que "el perjudicado puede inclinarse a preferir el resarcimiento por estimar no le conviene la reintegración en forma específica" (DE CUPIS, A., *El daño*, Op. cit., pág. 833).

⁵⁸⁵ Art. 1083 CC argentino: "El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero".

⁵⁸⁶ Así, "el damnificado (...), deberá optar por la indemnización pecuniaria si así lo desea; si nada dice, la reparación será en especie, salvo que esto fuera imposible" (STIGLITZ, G.A. y ECHEVESTI, C.A., "La determinación de la indemnización", en MOSSET ITURRASPE, J. (dir.), Op. cit., pág. 292).

⁵⁸⁷ El autor llega a esta conclusión, más razonable a su juicio, tras rechazar la preferencia de la reparación en forma específica con base en los inconvenientes prácticos que presenta dicho modo de resarcimiento (PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Op. cit., págs. 192-193).

⁵⁸⁸ ROCA TRÍAS, E., *Derecho de Daños. Textos y materiales*, Op. cit., pág. 181 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil...*, Op. cit., pág. 477.

Existe una última postura acerca de a quién corresponde la facultad de decidir la forma de reparación aplicable a cada caso concreto. Se trata de la que atribuye dicha facultad al juez que conoce del litigio sobre responsabilidad, a quien, a la vista del caso concreto, corresponde determinar el modo de reparación que mejor se adapte a la consecución del interés del perjudicado sin descuidar, al tiempo, los intereses del responsable obligado a proceder al resarcimiento del daño.

Para la mayoría de los partidarios de esta solución el juez es soberano para escoger la forma en que debe concretarse la reparación del perjuicio, por lo que la posible elección del perjudicado, manifestada en su demanda, no le resulta vinculante⁵⁸⁹. Así las cosas, es al juez y sólo a él a quien compete adoptar la decisión acerca de la forma más conveniente de resarcimiento a la vista de los intereses en juego, intereses que, en ocasiones, no serán solamente los del perjudicado y el responsable, razón por la cual la remisión de esa decisión al juez aparece como la opción más razonable⁵⁹⁰.

Esta solución es la acogida en el art. 43.1 del Código suizo de las Obligaciones, conforme al cual "*Le juge détermine le mode ainsi que l'étendue de la réparation, d'après les circonstances et la gravité de la faute*". Y es también la postura adoptada por una gran parte de los autores franceses⁵⁹¹, así como por la jurisprudencia del país

⁵⁸⁹ Al carácter no vinculante de la elección del perjudicado sobre la decisión del juez se refiere expresamente CHARTIER. Dice este autor en tal sentido que "*le tribunal peut choisir comme l'entend la réparation qui lui paraît la plus adéquate. Peu importe la forme de réparation qui lui est demandée, et à l'égard de laquelle il n'est pas lié. (...) Les tribunaux sont aussi fondés à substituer à une réparation en nature qui leur est demandée (...) une réparation pécuniaire, ou inversement (...)*" (CHARTIER, Y., *La réparation du préjudice*, Op. cit., pág. 486).

⁵⁹⁰ Esta afirmación es ejemplificada por VINEY y JOURDAIN cuando se preguntan retóricamente si no será necesario remitir al juez la decisión acerca de si conviene ordenar el cierre de una fábrica que causa graves perjuicios a los vecinos pero que absorbe una parte importante del empleo en la región o acerca de si debe ordenarse la destrucción de una autopista o de un puente contruidos de forma irregular, con todas las consecuencias económicas que de ello se derivarían, o si es preferible mantener la fábrica o la construcción y ordenar una indemnización a favor de los perjudicados (VINEY, G. y JOURDAIN, P., *Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, Op. cit., pág. 85).

⁵⁹¹ En efecto, acogen esa solución en el país vecino COURTOIS, H., "La réparation", Op. et loc. cit., pág. 311; LE TOURNEAU, P., *La responsabilité civile*, Op. cit., pág. 331; CHARTIER, Y., *La réparation du préjudice*, Op. cit., pág. 485 y JOURDAIN, P., *Les principes de la responsabilité civile*, Op. cit., pág. 134.

También MAZEAUD y CHABAS señalan que el juez debe decidir entre las dos formas posibles de reparación, si bien estos autores limitan la facultad de elección del juez a aquellas hipótesis en las cuales ni el perjudicado ni el responsable hayan optado por la reparación en forma específica. Cuando cualquiera de ellos haya mostrado su preferencia por este modo de reparación, el juez deberá decantarse necesariamente por ella, perdiendo así toda libertad de elección (MAZEAUD, H., L. y J. y CHABAS, F., *Traité théorique et pratique...*, Op. cit., págs. 614 y 622).

Excepcionalmente, se mostró partidario de esta solución el alemán VON THUR, para quien el juez "habrá de ponderar las circunstancias del caso concreto, optando por el procedimiento de

galo. En efecto, la *Cour de cassation* reconoce constantemente que, tanto en la esfera contractual como en la extracontractual, los jueces de instancia son soberanos para elegir entre la reparación en forma específica y la reparación por equivalente, por lo que no están obligados a acordar la forma reclamada por el actor en su demanda, pudiendo, por el contrario, sustituir una por otra⁵⁹².

También algunos autores españoles han atribuido a los jueces, sobre la base de distintos argumentos y con mayor o menor claridad, la facultad de elección del modo de reparación. Es el caso de GARCÍA LÓPEZ y VICENTE DOMINGO⁵⁹³.

El primero de estos autores considera que *"la forma de reparación que haya de adoptarse, sea natural o pecuniaria, ha de quedar reservada al exclusivo arbitrio del juzgador, de modo que si bien el perjudicado es libre para optar por una u otra forma de reparación, sin embargo no puede imponer su elección al Juez, ya que éste ha de decidir cuál es el mejor modo de reparar el perjuicio por no existir ningún medio que se proponga como necesario e infalible"*. Este autor considera, en principio, que con esa solución no se infringe el principio dispositivo propio del proceso civil porque, a su juicio, *"el perjudicado tiene derecho a que su daño se repare, pero no a que se haga de una determinada forma"*. Además, entiende que atribuyendo al juez la facultad de escoger el modo de resarcimiento del daño *"se evitarían casos en los que malsanas intenciones lucrativas pudieran pretender aprovecharse de la existencia de un daño moral"*. Se refiere con ello a supuestos en los que el perjudicado solicita una cantidad de dinero en concepto de reparación de su daño cuando éste podría quedar resarcido adecuadamente por medio de una reparación específica. Sin embargo, la posición de

indemnización que le parezca más adecuado y más fácilmente aplicable en relación con la naturaleza del daño y la situación de las partes interesadas. Entre varios procedimientos equivalentes, el Juez deberá elegir, por lo general, el propuesto por el perjudicado, siempre y cuando que no suponga un sacrificio excesivo para la otra parte" (VON THUR, A., *Tratado de las Obligaciones*, Op. cit., Tomo I, pág. 82).

⁵⁹² Así lo indican, con profusa aportación de sentencias, VINEY, G. y JOURDAIN, P., *Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, Op. cit., pág. 87-88.

⁵⁹³ Podría parecer que SANTOS BRIZ también acoge esta solución cuando señala que *"la forma en que haya de efectuarse el resarcimiento no se deja al arbitrio del responsable, sino que quedará sometida a la decisión judicial, de acuerdo con el principio dispositivo y de congruencia del fallo que rigen en nuestro proceso civil"* (SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil...*, Op. cit., pág. 330-331). Sin embargo, observando esta afirmación con cierto detenimiento caemos en la cuenta de que, desde el momento en que se hace referencia al principio dispositivo y de congruencia, la facultad de elección no se atribuye tanto al juez como al perjudicado demandante, pues el fallo judicial sólo podrá responder a lo pedido en la demanda. De este modo, si se reclama la reparación *in natura* el juez sólo podrá estimarla (total o parcialmente) o desestimarla, pero no parece, en línea de principio, que pueda sustituirla por una reparación pecuniaria, al tratarse ésta de una cuestión no demandada.

este autor no es rotunda o terminante, porque a renglón seguido y, tras ensalzar las ventajas de la teoría expuesta, niega que la misma pueda acogerse desde el punto de vista del Derecho positivo, por entender, a la vista del CP y de la L.O. 1/1982, de 5 de mayo, sobre Protección Civil del Honor, de la Intimidación Personal y Familiar y de la Propia Imagen, que la forma de reparación *in natura* solamente puede ser instada por el perjudicado⁵⁹⁴.

Por su parte, VICENTE DOMINGO, que defiende igualmente la elección de la forma de reparación por parte del juez, se basa para acoger dicha teoría en el art. 112 del CP⁵⁹⁵, el cual —entiende— *“otorga al juez la facultad de decidir sobre la forma de reparación más adecuada, en vez de facultar al perjudicado a hacerlo”*⁵⁹⁶.

2. LA SOLUCIÓN QUE DEBE ACOGERSE EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

A la vista de la exposición precedente, resulta patente que en nuestro país no existe una postura clara y uniforme acerca de quién está legitimado para escoger la forma de reparación del daño oportuna en cada caso concreto. Como acabamos de ver, las opiniones de los distintos autores españoles se encuentran divididas al respecto entre las diversas soluciones acogidas en el Derecho comparado, lo cual es debido al silencio del Código Civil español, que se limita a imponer al responsable la obligación de reparar el daño derivado de su conducta, pero no se pronuncia acerca de la forma en que debe concretarse dicha reparación.

⁵⁹⁴ GARCÍA LÓPEZ, R., *Responsabilidad civil por daño moral...*, Op. cit., págs. 117-119. El autor basa sus conclusiones, por una parte, en los arts. 456 y 465 del CP anterior que, referentes a los delitos de injurias y calumnias, han sido sustituidos por el art. 214 del CP de 1995, actualmente vigente. Este último precepto dispone, en su párrafo segundo, que *“El Juez o Tribunal ante quien se produjera el reconocimiento ordenará que se entregue testimonio de retractación al ofendido y, si éste lo solicita, ordenará su publicación en el mismo medio en que se vertió la calumnia o injuria, en espacio idéntico o similar a aquél en que se produjo su difusión y dentro del plazo que señale el Juez o Tribunal sentenciador”*, por lo que supedita la reparación *in natura* del daño, representada en estas hipótesis por la publicación de la retractación del dañador, a la concreta solicitud del perjudicado. En segundo lugar, atiende también a la jurisprudencia recaída acerca del art. 9.2 de la L.O. 1/82, referente a las medidas que se pueden adoptar para prevenir, reducir o reparar el daño, en concreto, se basa este autor en la STS (Sala 1ª) de 11 de abril de 1987 (RJ 2703), en la que se afirmó que *“dicha regla no se impone imperativamente al Juez en el sentido de que ex officio iudicis haga uso de la misma, sino que por estar prevista para un proceso civil ordinario ha de seguir las reglas generales de petición de parte”*.

⁵⁹⁵ Señala este precepto que *“La reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa”*.

⁵⁹⁶ VICENTE DOMINGO, E., *“El daño”*, Op. et loc. cit., pág. 279.

Así las cosas, ante el silencio del legislador y la disparidad de opiniones doctrinales, la respuesta al interrogante planteado debe buscarse en algunos de los principios que dominan el proceso civil español (principio dispositivo y principio de congruencia) y en las resoluciones emanadas de la jurisprudencia de nuestro país.

En cuanto a la jurisprudencia, debe decirse que si algo ha tenido claro desde el principio la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha sido la negación de toda facultad de elección de la forma de reparación a favor del dañador-responsable. En efecto, ya en la temprana STS de 22 de octubre de 1932⁵⁹⁷ la referida Sala se pronunció en el sentido de rechazar cualquier elección del modo de hacer efectiva la reparación por parte del responsable, bajo el argumento de que respecto de los artículos 1101 y 1902 del CC “*no se ha de entender que, puesto que uno de los artículos citados impone la obligación «de reparar» mientras que el otro sujeta al responsable del daño «a indemnizar», se trata de sanciones distintas en su extensión y efectos hasta el extremo de constituir la primera de ellas una obligación «de hacer» invocable por el dañador demandado, como forma de cumplimiento por el mismo elegible (...)»*. Idéntica doctrina fue acogida con mayor claridad, incluso, en sentencias posteriores de la misma Sala⁵⁹⁸. Sin embargo, como insinuábamos al principio de este párrafo, la claridad mostrada por el Tribunal Supremo a la hora de mantener el rechazo de la solución que propugna la facultad del dañador para elegir la forma de resarcimiento se va diluyendo, en cambio, a la hora de concretar si es al perjudicado o al juez a quien corresponde decir la última palabra acerca del concreto remedio reparador a adoptar en cada caso, pues esa concreción se encuentra influida por los principios procesales antes apuntados.

Efectivamente, de acuerdo con el principio dispositivo que preside la regulación del proceso civil español⁵⁹⁹, es al actor al que corresponde conducir el proceso, en el sentido

⁵⁹⁷ RJ 1245.

⁵⁹⁸ Es el caso de la STS de 24 de marzo de 1952 (RJ 1209), en la que, frente a la pretensión de los responsables de reparar el daño en forma distinta a la solicitada por el perjudicado, se afirmó que el art. 1902 del CC “*no faculta a los responsables para elegir a su arbitrio la manera de cumplir la obligación que les ha sido exigida*”. Y así también la STS de 3 de marzo de 1978 (RJ 759), según la cual “*la forma de hacer frente a la responsabilidad derivada de la culpa extracontractual o aquiliana, no puede quedar, en nuestro Ordenamiento Jurídico, al arbitrio del agente productor del daño, de cuyo resarcimiento se trate, ni al de las personas comprendidas en el art. 1903 de la Ley Civil sustantiva, ni, en su caso, al de las Compañías aseguradoras de estas últimas, (...)»*”.

⁵⁹⁹ Así lo entiende SEOANE SPIEGELBERG cuando afirma expresamente que el principio dispositivo rige, con carácter general, en el proceso civil (SEOANE SPIEGELBERG, J.L., *La prueba en*

de que “no sólo el inicio del proceso, sino también la delimitación del objeto del mismo queda supeditada a la voluntad de las partes. La determinación concreta del interés cuya satisfacción se solicita de los órganos jurisdiccionales «es facultad exclusiva de las partes (...)»”⁶⁰⁰.

En consecuencia, si al actor corresponde determinar el concreto interés respecto del cual quiere recabar la tutela de los Tribunales, parece lógico pensar que a él corresponderá igualmente, cuando existan distintas formas de lograrla, decidir el modo en que quiere que dicha tutela se actúe, lo cual, concretándose en el ámbito de la responsabilidad civil, lleva a concluir, al menos *a priori*, la atribución de la elección del modo de reparación al perjudicado demandante.

Ahora bien, no se puede olvidar que el principio dispositivo del proceso civil se halla íntimamente relacionado con el principio de congruencia⁶⁰¹, principio éste que, contenido en el art. 218 de la LEC, “exige que se dé la adecuada relación entre lo pretendido y la parte dispositiva de la sentencia: entre lo pedido y el fallo de la sentencia”⁶⁰², de tal manera que “si el órgano jurisdiccional, desentendiéndose de lo solicitado por las partes con sus concretos límites, se pronunciara sobre algo distinto o se excediera de aquello, supondría ello una merma o privación de las facultades de disposición inherentes a la titularidad de derechos o intereses de carácter privado”⁶⁰³.

Por tanto, también a la vista de este principio procesal parece que los órganos judiciales deben respetar la elección del modo de reparación realizada por el perjudicado. Sin embargo, la congruencia es interpretada por los órganos judiciales, no en sentido estricto o riguroso, de modo que la sentencia deba recoger literalmente las

la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones Generales y Presunciones, Edit. Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 23).

⁶⁰⁰ ETXEBERRÍA GURIDI, J.F., *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 26.

⁶⁰¹ Así lo afirma ESCUSOL BARRA, E., *La incongruencia de la sentencia. Su análisis como motivo de casación en la jurisdicción civil y en la contencioso-administrativa*, Edit. Colex, Madrid, 1998, pág. 64.

⁶⁰² ESCUSOL BARRA, E., *La incongruencia de la sentencia...*, Op. cit., pág. 45.

⁶⁰³ ETXEBERRÍA GURIDI, J.F., *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC...*, Op. cit., pág. 28.

En sentido similar, se ha dicho que “la sentencia no puede conceder ni negar lo que nadie haya pedido (...); la sentencia debe decidir todas las pretensiones procesales deducidas en el pleito (...); la sentencia no puede dar algo distinto de lo pedido (...)” (ESCUSOL BARRA, E., *La incongruencia de la sentencia...*, Op. cit., pág. 65).

peticiones de los litigantes⁶⁰⁴, sino simplemente en el sentido de no alterar los hechos ni la causa de pedir⁶⁰⁵. Por ello, este principio procesal no exige un ajuste perfecto entre la pretensión y el fallo, de donde resulta que, en ocasiones, el cambio decretado por el juez de la forma de reparación elegida por el actor no implicará incongruencia. Así ocurrirá generalmente cuando con dicho cambio no se alteren los presupuestos fácticos de los que deriva el derecho del actor, o lo que es lo mismo, cuando se mantenga inalterada la *causa petendi*⁶⁰⁶.

Así las cosas, los Tribunales han entendido que no se produce incongruencia cuando, formuladas por el actor pretensiones alternativas, el órgano judicial acuerda una u otra; ni cuando formuladas dos pretensiones, una principal y otra subsidiaria, se desestima la primera y se acoge esta última⁶⁰⁷. Por tanto, según esta doctrina, en las

⁶⁰⁴ Así lo ha destacado BERCOVITZ, al afirmar que *"una aplicación razonable de esas exigencias derivadas del principio de congruencia ha llevado a que la jurisprudencia eluda una interpretación formalista de las mismas, basada sobre una mera confrontación literal del fallo de la sentencia con el contenido de los suplicios"* (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Congruencia", *Aranzadi Civil*, 1998-I, pág. 13).

⁶⁰⁵ Entendida la causa de pedir a estos efectos como *"los hechos alegados como justificación de las pretensiones de cada una de las partes"*, de manera que *"únicamente cuando el juzgador cambie esos hechos para fundamentar su fallo podrá hablarse de indefensión de la parte perjudicada por el mismo"* (De nuevo, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Congruencia", *Op. et loc. cit.*, pág. 13).

⁶⁰⁶ Son relevantes, en tal sentido, algunas de las afirmaciones que, a modo de resumen de la doctrina jurisprudencial recaída en materia de congruencia, se recogen, entre otras, en las SSTs (Sala 1ª) de 24 de junio de 1993 (RJ 5381), de 19 de octubre de 1993 (RJ 7747), de 16 de junio de 1994 (RJ 5234), de 13 de mayo de 1996 (RJ 3876) y de 15 de septiembre de 1997 (RJ 6433), en las que se afirma: *"«no impone sino una racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes, y a los hechos que las fundamentan, pero no una literal concordancia, por ello, guardando el debido acatamiento al componente jurídico de la acción y a la base fáctica aportada, le está permitido al órgano jurisdiccional establecer su juicio crítico de la manera que entienda más ajustada»"*; *«la armonía entre los pedimentos de las partes con la sentencia, no implica necesariamente un acomodo rígido a la literalidad de lo suplicado, sino que ha de hacerse extensiva a aquellos extremos que le complementen y precisen o que contribuyan a la fijación de sus lógicas consecuencias, bien surjan de los alegatos de las partes, bien sean precisiones o aportaciones en sus probanzas, porque lo perseguido no es otra cosa que el Tribunal se atenga a sustancia de lo pedido y no a su literalidad»* y *«no se produce incongruencia por el cambio de punto de vista del Tribunal respecto al mantenido por los interesados, siempre que se observe absoluto respeto para los hechos, que son los únicos elementos que pertenecen a la exclusiva disposición de las partes, si bien con la facultad del juzgador de fijar los alegatos de modo definitivo según el resultado de las pruebas»"*. En idéntico sentido se pronunció la más reciente STS de 17 de julio de 1998 (RJ 6602), conforme a la cual *"el requisito de la congruencia (...), si exige que se resuelvan las cuestiones discutidas, no impone, en cambio, que los pronunciamientos del fallo se ajusten literal y rigurosamente a las peticiones de las partes (...)"*, sino que *"El principio de congruencia exige no alterar la sustancial pretensión de las partes, de manera que no se requiere una literal sumisión del fallo a las peticiones de los litigantes y si, únicamente, que el mismo guarde el debido acatamiento al componente jurídico de la acción así como a las bases fácticas aportadas por los contendientes"*.

⁶⁰⁷ Vid., al respecto, la STS (Sala 1ª) de 27 de marzo de 2003 (RJ 2829), cuyo F.J. 2º declara que *"cuando la demanda es alternativa en sus peticiones suplicadas, la sentencia dictada que accede a uno de los extremos de ella, es total y absolutamente congruente, puesto que la razón de dar en éste no es distinta de la de pedir. (...) Cuando la demanda contiene una pretensión subsidiaria en la que se plantea «ad cautelam» una situación fáctica y jurídica distinta a la que se podría dar lugar por desestimación de la principal, el Tribunal de instancia al absolver de ésta ha de entrar a resolver expresamente sobre la*

hipótesis en las que el perjudicado solicite alternativamente la reparación en forma específica y la reparación por equivalente, el juez es libre de ordenar una u otra, mientras que si tales pretensiones son deducidas por el actor de forma subsidiaria, también podrá el juez desestimar razonadamente la principal acogiendo, entonces, la formulada con carácter subsidiario.

Igualmente, cuando el actor pida con carácter general la reparación de los daños y perjuicios sufridos, sin concretar la forma en que desea que se haga efectivo el resarcimiento, entendemos que el juez podrá optar libremente por la reparación *in natura* o por la indemnización pecuniaria.

Por otra parte, concretando nuestra atención en la elección por el perjudicado de la forma de reparación de los daños y perjuicios, debe decirse que es temprana y reiterada la doctrina jurisprudencial que considera que, aun cuando los verbos «indemnizar» y «reparar», contenidos respectivamente en los arts. 1101 y 1902 del CC, responden a la misma finalidad de restablecer la situación del perjudicado mediante el pleno resarcimiento o reparación del daño causado, lo cierto es que el primero de ellos (indemnizar) tiene un significado más amplio que el segundo (reparar), por lo que éste último, y con ello, la petición de reparación *in natura* del daño, ha de entenderse incluida en la petición de indemnización por equivalente que pueda interesar el demandante⁶⁰⁸. De esta doctrina jurisprudencial se deriva la consideración de que no incurren en incongruencia aquellas sentencias en las que, habiéndose pedido por el actor perjudicado la reparación por equivalente de su daño, el órgano judicial ordena la reparación en forma específica, porque esta última, al tener un significado más limitado

primera (...)”, por lo que concluye afirmando la no incongruencia de la sentencia que desestima el pedimento principal, pero que estima el subsidiario. Igual conclusión acoge la STS de la misma Sala de 6 de mayo de 2003 (RJ 3747) en su F.J. 2º.

⁶⁰⁸ En efecto, la STS (Sala 1ª) de 3 de marzo de 1978 (RJ 759) declaró ya que “*si bien es cierto que los verbos indemnizar, a que se alude entre otros muchos, en el art. 1101 de dicho Texto legal (se refiere al CC), y reparar, empleado en el art. 1902, responden a la misma finalidad de restablecer la situación económico y patrimonial del perjudicado, con lo que ambos están incluidos en el concepto jurídico que a la palabra indemnización asigna el art. 1106 de aquel Código, según, entre otras, reconocen las sentencias de esta Sala de 22 de octubre de 1932 (RJ 1245) y 9 de junio de 1949 (RJ 730), no lo es menos que el primero de ellos constituye una forma de resarcimiento del daño de mayor amplitud y generalidad que el segundo, cuyo significado, según el Diccionario Oficial de la Lengua, se limita a «componer, aderezar o enmendar el menoscabo que ha padecido una cosa» (...)*”. La misma doctrina se contiene, entre otras, en las SSTs (Sala 3ª) de 11 de julio de 1995 (RJ 5632) y de 11 de octubre de 2000 (RJ 8628).

que la indemnización pecuniaria, se encuentra comprendida en ella⁶⁰⁹. Por la misma razón, si los Tribunales entienden que el alcance del término «reparar» es más restringido que el de «indemnizar», hay que entender que sí son incongruentes, en cambio, a aquellas o tras sentencias en las que la reparación *in natura* solicitada por el actor en su demanda resulta sustituida por la indemnización pecuniaria decretada por el juez⁶¹⁰.

Todo lo anterior⁶¹¹ lleva a concluir que, efectivamente, la elección de la forma en que deban resarcirse los daños y perjuicios derivados de responsabilidad civil corresponde, en principio, al sujeto perjudicado, aunque sin olvidar la facultad que, dentro de los límites impuestos por los principios procesales, poseen los jueces para valorar, conforme a las circunstancias del caso, la conveniencia, oportunidad o mayor adecuación de una de las formas de reparación respecto de la otra.

III. POSICIÓN QUE OCUPAN LOS DISTINTOS MODOS DE REPARACIÓN: RELACIÓN DE JERARQUÍA O RELACIÓN DE IGUALDAD

En un Ordenamiento jurídico como el español, en el que no existe declaración legislativa expresa acerca de cuál es la forma preferente de acometer la reparación de los daños y perjuicios derivados de responsabilidad civil, se hace preciso determinar el

⁶⁰⁹ Así lo consideró la Sala de lo Civil (Sala 1ª) del TS en la sentencia de 3 de abril de 2000 (RJ 2342) y, más expresivamente, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sala 3ª) en sentencia de 19 de julio de 2001 (RJ 8022), cuando señaló en su F.J. 5ª que “la opción de indemnizar, mediante la reparación *in natura* de la obra es congruente con la petición del actor (que pedía el equivalente pecuniario de los daños y perjuicios causados), si bien en uso de las prerrogativas de valoración de la prueba que corresponden al Tribunal de instancia (...), éste opta, razonadamente, por la solución adoptada”.

En la jurisprudencia menor, *vid.* las sentencias recopiladas por CARRASCO PERERA, A., “Reparación del daño en forma específica”, *Op. et loc. cit.*, pág. 63.

⁶¹⁰ En ese sentido, *vid.* STS (Sala 1ª) de 11 de mayo de 2002 (RJ 5593).

⁶¹¹ Hay que destacar que idéntica solución fue la acogida en Francia por MAZEAUD, H., L. y J. y CHABAS, F., *Traité théorique et pratique...*, *Op. cit.*, pág. 622. Y que la misma es opuesta a la sostenida por la doctrina y jurisprudencia italianas, que entienden que, mientras que el órgano judicial puede conceder la reparación por equivalente en lugar de la reparación en forma específica solicitada por el dañado porque aquella constituye un *minus* respecto a ésta y, por tanto, debe considerarse implícita en la petición de indemnización pecuniaria, lo contrario implicaría una vulneración del principio procesal de congruencia. Así lo han entendido, entre otros, EBENE COBELLI, M.C. (“Risarcimento e reintegrazione in forma specifica”, *Op. et loc. cit.*, pág. 521), BALDASSARI, A. (“Il risarcimento in forma specifica”, *Op. et loc. cit.*, pág. 291) y VISINTINI, G. y PINORI, A. (“Danno e tecniche risarcitorie”, *Op. et loc. cit.*, págs. 16, 17 y 19).

tipo de relación existente entre el resarcimiento en forma específica y el resarcimiento por equivalente, a los efectos de saber si, en defecto de elección por parte del perjudicado, uno de ellos debe prevalecer sobre el otro o si, por el contrario, ambos se encuentran situados en una posición de igualdad.

Para resolver esta cuestión resulta necesario, en defecto de normas positivas, atender a las opiniones doctrinales y a las soluciones jurisprudenciales alcanzadas en nuestro país sobre el particular. Pero también puede resultar útil, a los efectos de valorar la corrección de aquéllas, tomar en consideración con carácter previo las soluciones adoptadas en otros países de nuestra misma tradición jurídica.

1. LAS SOLUCIONES ADOPTADAS EN NUESTRO ENTORNO JURÍDICO

En el Derecho alemán el § 249 del BGB⁶¹² elevó a principio general del resarcimiento de daños y perjuicios la reparación *in natura*, decantándose de manera expresa por la preferencia de dicho modo de reparación frente a la indemnización pecuniaria, aunque limitando su aplicación práctica por medio de la formulación de ciertas excepciones legales, a saber, la imposibilidad de su consecución, su excesiva onerosidad y su insuficiencia para reparar todos los daños causados.

Con tales declaraciones el legislador alemán configura la reparación natural como régimen primario en el seno de su sistema reparador⁶¹³, otorgando prioridad al remedio consistente en proporcionar al dañado las mismas utilidades de las que se vió privado a causa del hecho dañoso en lugar de privilegiar su satisfacción por medio del dinero, esto es, por medio de una utilidad meramente equivalente. Ahora bien, lo anterior no significa, como aclaró FISCHER, que la indemnización pecuniaria represente un *minus* respecto a la reparación natural, sino que constituye simplemente un *aliud*. “*Son dos modos equivalentes de indemnización, aunque la reparación natural se considere como el primario, siendo por tanto preferido por el legislador*”⁶¹⁴.

⁶¹² El § 249 prescribe que “*el obligado a reparar el daño, deberá restablecer el estado de cosas que existiría de no haber ocurrido el hecho que origina aquella obligación*”.

⁶¹³ En tal sentido, FISCHER, H.A., *Los daños civiles y su reparación*, Op. cit., pág. 141; VON THUR, A., *Tratado de las Obligaciones*, Op. cit., Tomo I, pág. 81 y HEDEMANN, J.W., *Tratado de Derecho Civil*, Op. cit., pág. 121.

⁶¹⁴ FISCHER, H.A., *Los daños civiles y su reparación*, Op. cit., pág. 179.

Sin embargo, esta solución, que fue imitada por los Códigos austríaco, suizo y portugués⁶¹⁵, no ha impedido que, pese a la preferencia teórica de la reparación natural⁶¹⁶, también en esos Ordenamientos la reparación por equivalente pecuniario sea la más frecuente en la práctica, debido a las dificultades a las que se enfrenta el remedio reparador en forma específica⁶¹⁷. No obstante, debe señalarse que en estos Ordenamientos la elevación de tales dificultades a la categoría de excepciones legales a la utilización de la reparación *in natura* produce como consecuencia la necesidad de interpretarlas de forma estricta o restrictiva, consecuencia ésta que puede verse atenuada en aquellos otros sistemas jurídicos carentes de declaración legislativa expresa en torno a la preferencia por una u otra forma de reparación.

Este último es el caso del Derecho italiano, en el que el art. 2058 del CCIt., que atribuye al perjudicado la posibilidad de optar por la reparación en forma específica de su daño, no se pronuncia acerca de la relación que existe entre los dos modos posibles de resarcimiento. Este silencio del legislador ha llevado a algunos autores a plantearse la cuestión, siendo diversas las respuestas ofrecidas⁶¹⁸.

Así, frente a una minoría de autores que han otorgado preferencia a la reparación *in natura*, por entender que este remedio es más eficaz en cuanto responde mejor a la

⁶¹⁵ Como lo indican VINEY, G. y JOURDAIN, P., *Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, Op. cit., pág. 25.

⁶¹⁶ Centrándonos en el Derecho portugués, sobre el que hemos trabajado, es unánime la opinión de los autores acerca de que de los arts. 562 y 566 del CCPor. de 25 de noviembre de 1966 se sigue la preferencia por la reparación en forma específica. De hecho, VAZ SERRA, el redactor del Anteproyecto de CC, señaló que "el medio más perfecto de indemnizar es justamente la reposición natural. La indemnización en dinero sólo asegura al acreedor una reparación imperfecta del daño. La reparación natural debería, pues, considerarse el medio ordinario por el cual el deudor repara el daño causado al acreedor" (VAZ SERRA, A., "Obrigação de indemnização", Op. et loc. cit., pág. 131-132). Posteriormente, en el sentido indicado, vid., entre otros, RUI DE ALARCÃO (*Direito das Obrigações*, Op. cit., pág. 273), MOTA PINTO, C.A. (*Teoria geral do Direito civil*, Op. cit., pág. 114), ANTUNES VARELA, J. (*Das obrigações em geral*, Op. cit., pág. 903), PESSOA JORGE, F. (*Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Op. cit., pág. 420), ALMEIDA COSTA, M.J. (*Direito das Obrigações*, Op. cit., pág. 715), autor éste que califica la indemnización pecuniaria como "um sucedâneo a que se recorre apenas quando a reparação em forma específica se mostra materialmente impracticável, não cobre todos os danos ou é demasiado gravosa para o devedor"; y MENEZES LEITÃO, L.M.T. (*Direito das obrigações*, Op. cit., pág. 402).

⁶¹⁷ En esta línea, ha señalado MOTA PINTO, tras reconocer la preferencia de la reparación *in natura*, que "a indemnização em dinheiro ou por equivalente é a hipótese largamente maioritária, pois raramente o lesado ficará completamente indemnizado com a reconstituição natural, mesmo quando esta for possível" (MOTA PINTO, C.A., *Teoria geral do Direito civil*, Op. cit., pág. 114).

⁶¹⁸ De hecho, la autora italiana CECCHERINI ha afirmado que la preferencia por una de las formas de reparación del daño constituye una decisión de política del Derecho basada en el tipo de valores a privilegiar, propietarios o no propietarios (CECCHERINI, G., *Risarcimento del danno e riparazione in forma specifica*, Op. cit., pág. 54).

exigencia de restablecimiento de la situación del dañado⁶¹⁹, son mayoría aquéllos que, pese a admitir que en un plano teórico o abstracto no debe ponerse en duda la preferencia de la reparación en forma específica porque la misma "*aun no eliminando el daño de la realidad histórica, llega a crear una situación que materialmente se corresponde a la que existiría en ausencia del daño, por lo que viene a significar un resultado superior al obtenido con el equivalente económico*"⁶²⁰, consideran, no obstante, que la realidad representada por las dificultades o desventajas prácticas de que adolece la reparación *in natura* obliga, en cambio, a inclinar la balanza hacia la reparación por equivalente⁶²¹. Porque, como señaló en su día SCOGNAMIGLIO, una elección entre las formas de reparación sólo puede tener lugar según razones de posibilidad y conveniencia práctica y de éstas no cabe sino concluir la clara prevalencia del resarcimiento en dinero⁶²².

Y existe todavía un tercer grupo de autores italianos que ha criticado el propio planteamiento de la cuestión relativa a la prevalencia de uno u otro modo de reparación bajo el argumento de que carece de sentido preguntarse si la reparación en forma específica es o no principal frente al resarcimiento pecuniario, porque se trata simplemente de determinar, mediante la ponderación de los intereses en juego, cuál es en cada caso concreto la medida más conveniente para reparar el daño⁶²³. Esta solución supone, a nuestro juicio, asignar a ambas formas de reparación (*in natura* y por

⁶¹⁹ Esta opinión es atribuida a POGLIANI, M. (*Responsabilità e risarcimento da illecito civile*, Giuffrè Editore, Milano, 1969, pág. 465) por parte de BALDASSARI, A. (*Il danno patrimoniale*, *Op. cit.*, pág. 841).

⁶²⁰ DE CUPIS, A., *El daño*, *Op. cit.*, pág. 830. De lo anterior concluye el autor citado que en ese orden abstracto "*ni siquiera el formularse la pregunta de si es preferible la creación de una situación igual, que corresponda materialmente a la eliminada o la creación de una situación que simplemente tenga el mismo valor económico (...), no sólo es superflua, sino que aparece, en el orden del pensamiento, como imposible de parangonar*" (DE CUPIS, A., *El daño*, *Op. cit.*, pág. 831).

⁶²¹ Es la postura de DE CUPIS, que llega a afirmar, a pesar de lo anterior, que la reparación por equivalente pecuniario "*constituye la forma más práctica de reparación, por lo que deviene de curso normal, al par que la reintegración en forma específica conserva un carácter excepcional y raramente se hace uso de la misma*" (DE CUPIS, A., *El daño*, *Op. cit.*, pág. 833).

Antes que DE CUPIS puso de manifiesto la superioridad del sistema del resarcimiento en forma de equivalente VERGA, A. ("In tema di risarcimento del danno in forma specifica", *Op. et loc. cit.*, pág. 8) y con posterioridad a aquél, siguieron defendiendo la preferencia de la reparación por equivalente en el sistema italiano BONILINI, G. (*Il danno non patrimoniale*, *Op. cit.*, págs. 440 y 442 – éste con particular referencia a los daños no patrimoniales–) y SALVI, C. ("Il risarcimento del danno in forma specifica", *Op. et loc. cit.*, págs. 584, 591 y 593).

⁶²² SCOGNAMIGLIO, R., voz «Risarcimento del danno», *Op. et loc. cit.*, pág. 25. Es destacable que este autor califica, en el mismo lugar, la cuestión de la superioridad ideal de una forma de resarcimiento sobre la otra como "*inaceptable proposición iusnaturalística*".

⁶²³ El primero en formular esta crítica fue CASTRONOVO, C., "E il risarcimento in forma specifica come risarcimento del danno", *Op. et loc. cit.*, págs. 22 y 27.

equivalente) una posición de igualdad, poniendo en idéntico plano su aptitud o idoneidad para satisfacer al perjudicado⁶²⁴.

Sin embargo, frente a la polémica doctrinal descrita, la jurisprudencia italiana se ha mostrado más uniforme, al declararse partidaria de otorgar preferencia a la reparación en forma específica, considerando el resarcimiento pecuniario como un *minus* frente a aquélla y asignándole el papel de sustitutivo legal, de manera tal que la petición de reparación por equivalente se entiende comprendida en la demanda que solicita la reparación específica y puede, por ello, ser ordenada por el juez, incluso, de oficio⁶²⁵.

Por su parte, en los sistemas del *Common Law* es la reparación por equivalente la que ocupa el lugar preeminente, asumiendo el resarcimiento en forma específica un papel meramente accesorio⁶²⁶.

2. SOLUCIÓN QUE DEBE ACOGERSE EN ESPAÑA

Lo cierto es que en nuestro país, a diferencia de lo ocurrido en otros sistemas jurídicos como el italiano, la cuestión de las relaciones entre las dos posibles formas de reparación del perjuicio apenas ha despertado el interés de los autores, lo cual es coherente con la escasez e insuficiencia generales del tratamiento otorgado en España a la temática del resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de responsabilidad civil.

No obstante, aunque la cuestión no ha sido tratada de forma autónoma o independiente, existen en nuestra doctrina ciertas declaraciones que, introducidas en un contexto más amplio o general, reflejan la opinión de algunos autores acerca de cuál de los dos mecanismos reparadores debe prevalecer. Se trata de declaraciones que, cuando existen, otorgan preferencia a la reparación en forma específica —que es vista así como

⁶²⁴ Es significativa, en tal sentido, la afirmación de CASTRONOVO según la cual "*la questione che unicamente può porsi in sede risarcitoria è se la modalità specifica o invece quella per equivalente sia la più conveniente in relazione al danno verificatosi*" (CASTRONOVO, C., "E il risarcimento in forma specifica come risarcimento del danno", *Op. et loc. cit.*, pág. 28).

⁶²⁵ Así lo indica, con cita de sentencias de la Suprema Corte, BALDASSARI, A., "Il risarcimento in forma specifica", *Op. et loc. cit.*, pág. 291-292 e *Il danno patrimoniale*, *Op. cit.*, págs. 844-846.

⁶²⁶ Lo destacan, entre otros, VISINTINI, G. y PINORI, A., "Danno e tecniche risarcitorie", *Op. et loc. cit.*, pág. 12 y VINEY, G. y JOURDAIN, P., *Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, *Op. cit.*, pág. 25.

modo ideal de reparación— y lo hacen normalmente, bien sobre la base de que el art. 1902 del CC utiliza el verbo «reparar» en lugar de «indemnizar», bien considerando aplicable por analogía el art. 110 del CP que, al describir los posibles contenidos de la responsabilidad civil *ex delicto*, coloca la restitución y la reparación del daño antes que la indemnización de perjuicios materiales y morales⁶²⁷.

Ahora bien, ante la escasez y parquedad de las opiniones doctrinales patrias parece que el factor decisivo para adoptar una solución al respecto de la cuestión aquí planteada ha de venir constituido por el examen de los fallos recaídos en sede judicial.

De este examen se deriva que, si bien existen algunas sentencias en las que expresamente se ha colocado la reparación *in natura* y la reparación por equivalente en un plano de igualdad, negándose así la preferencia de una sobre la otra⁶²⁸, la verdad es que abundan más aquellos otros fallos en los que se asigna preferencia a la reparación en forma específica. En efecto, en algunas ocasiones dicha preferencia se predica del Derecho de obligaciones en general, comprendiendo, en consecuencia, tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual⁶²⁹, mientras que otras veces tal

⁶²⁷ Opinan de este modo LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, Vol. Segundo, *Op. cit.*, pág. 513; ROCA TRÍAS, E., *Derecho de Daños. Textos y materiales*, *Op. cit.*, págs. 181 y 182; ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II...*, *Op. cit.*, págs. 972 y 973 y LUNA, A., PIÑEIRO, J., RAMOS, S. y RUBÍ, A., “Reparación *in natura* y por equivalente...”, *Op. et loc. cit.*, págs. 6 y 7.

⁶²⁸ Son significativas en tal sentido la STS (Sala 1ª) de 26 de marzo de 1952 (RJ 1209), según la cual el art. 1902 del CC “es comprensivo (...) de cuantas formas de reparación sean eficaces para conseguir la del daño causado, y, consiguientemente, de la adoptada por la Sala de instancia al condenar al pago de una cantidad como indemnización, sin que al hacerlo haya infringido el precitado artículo 1902 (...)”; y la SAP de Palencia de 20 de abril de 2004 (JUR 214649), en cuyo F.J. 3º se lee: “El art. 1.902 del Código Civil dice que todos aquéllos que causen daño a otros, interviniendo culpa o negligencia, están obligados a reparar el daño causado, (...), pero no establece una norma que afirme que la manera de solventar los perjuicios de los damnificados sea mediante la reparación “*in natura*” o en su defecto por la indemnización de daños y perjuicios (...). Así las cosas, el que en el escrito de demanda se haya pedido una indemnización de daños y perjuicios en vez de la reparación *in natura*, no justifica la desestimación de la demanda ni tampoco una reducción de la indemnización concedida. La afirmación que se hace no lo es para decir la imposibilidad de que el perjudicado por un hecho en que intervenga culpa extracontractual pueda pedir la reparación *in natura*, sino que la petición de sustitución de la reparación *in natura* por la indemnización de daños y perjuicios tiene fundamento legal”.

⁶²⁹ El TS se pronunció en tal sentido en la sentencia (Sala de lo Civil) de 14 de julio de 2003 (RJ 5837), cuando afirmó en un caso en el que el actor solicitaba una reparación en forma específica que tal petición “responde al concepto de responsabilidad extracontractual o, por mejor decir, conforme al texto del Código civil (artículos 1089, 1093 y 1902) obligación de reparar el daño causado, en que la reparación preferente es la reparación “*in natura*”, no la llamada por equivalencia, que es la indemnización económica y es subsidiaria de la anterior”.

En la jurisprudencia menor cabe destacar la SAP de Granada de 19 de diciembre de 2001 (JUR 66538), en la que se señala que “nuestro ordenamiento jurídico establece un principio general de indemnidad en el ámbito de la responsabilidad obligacional (artículos 1.101 y 1.902 del código civil). Este principio tiene su traducción en la denominada “*restitutio in integrum*” que exige una completa

afirmación se proyecta al ámbito exclusivo del art. 1902 del CC y, en consecuencia, a la segunda de las formas de responsabilidad civil apuntadas⁶³⁰. Sin embargo, es sobre todo en ciertos ámbitos concretos donde más se predica la preferencia del modo de reparación específico. Nos referimos especialmente a la esfera de los vicios constructivos en inmuebles —la llamada responsabilidad decenal o por ruina—⁶³¹ y a los daños causados en vehículos de motor con ocasión de accidentes de circulación⁶³².

A la vista de lo anterior, creemos acertada la doctrina y la jurisprudencia últimamente citadas, las cuales defienden la preferencia del resarcimiento *in natura* frente a la reparación pecuniaria, siempre y cuando la primera resulte posible y no sea excesivamente onerosa para el responsable. La razón por la que acogemos esta solución es que, en efecto, no cabe duda de la mayor perfección que entraña para el perjudicado el restablecimiento o reposición de la situación material que existía con anterioridad al

reparación del daño patrimonial causado, de modo que el contenido de la obligación resarcitoria viene modulado por la necesidad de que el patrimonio del perjudicado quede en la misma situación que estaba antes de la producción del evento dañoso y de ahí que la jurisprudencia, cuando se ocupa de definir la indemnización en el campo extracontractual por daños a cosas, acuda a configurarla como una obligación de hacer, estimando que la "reparación in natura" tiene prioridad, y que sólo se acude al subsidiario criterio del resarcimiento pecuniario cuando aquella no puede llevarse a cabo" (F.J. 2º). Y algo similar se lee en el F.J. 2º de la SAP de Málaga de 2 de abril de 2004 (JUR 163024), en la que se afirma que "(...) la acción de condena pecuniaria ejercida resulta improcedente cuando es posible la reparación in natura. En nuestro derecho de obligaciones, en caso de incumplimiento de la prestación que integra su objeto, si no se trata de un hacer personalísimo, se viene manteniendo que el deudor no puede optar entre el cumplimiento forzoso o el equivalente a través del resarcimiento de daños y perjuicios, sino que aquel se impone como principal y solo si no cumple lo podrá hacer el deudor a su costa, interpretación que se considera mas justa y acorde con el concepto de obligación, ya que con la misma se persigue obtener la prestación y no una indemnización, quedando ésta sólo como último recurso para que aquélla no pueda obtenerse o en tanto en cuanto no pueda serlo exactamente, (...)".

⁶³⁰ En tal sentido se pronunció la STS (Sala 1ª) de 3 de marzo de 1978 (RJ 759), en la que se afirmó que de la utilización del término «reparar» por parte del art. 1902 del CC, se deriva que es el resarcimiento *in natura* el que debe gozar de preferencia frente a la indemnización pecuniaria en su respectivo ámbito de aplicación. Más recientemente, la Sala 2ª del TS en sentencia de 28 de julio de 2001 (RJ 8334), en un supuesto en el que se discutía acerca de la violación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas por parte de la Administración de Justicia, señaló igualmente que "*Las consecuencias o efectos de apreciar lesión del derecho fundamental se concretan, en primer lugar, en la reparación «in natura», consistente en la adopción sin demora de la resolución que proceda (...) y cuando dicha reparación no sea posible, se sustituirá por el reconocimiento al afectado de la indemnización que corresponda por razón del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (...) o, en su caso, mediante la exigencia de responsabilidad al funcionamiento culpable*".

⁶³¹ Sobre el carácter principal de la reparación natural y subsidiario de la reparación por equivalente en este ámbito se han pronunciado, entre otras muchas, las SSTs (Sala 1ª) de 3 de octubre de 1979 (RJ 3236), 31 de octubre de 1980 (RJ 3646), 21 de octubre de 1987 (RJ 7308), 16 de julio de 1992 (RJ 6623) o 17 de marzo de 1995 (RJ 7787), así como algunos fallos de Audiencias Provinciales, como la SAP de Córdoba de 15 de diciembre de 2003 (JUR 2004/20265) o la SAP de Tarragona de 8 de mayo de 2004 (JUR 205356).

⁶³² Acerca de la preferencia de la reparación en forma específica de los daños causados a vehículos en accidentes de tráfico, *vid.*, entre otras, las siguientes: SAP de Badajoz de 2 de marzo de 1998 (AC 406), SAP de Burgos de 24 de enero de 2000 (AC 2754), SAP de Alicante de 14 de marzo de 2001 (JUR 152279), SAP de Zaragoza de 6 de abril de 2001 (JUR 171723) o SAP de Granada de 16 de junio de 2004 (JUR 212410).

evento dañoso, la cual le permite gozar de las mismas utilidades que a causa de éste había perdido, frente a la entrega de una simple cantidad de dinero con la que procurarse las utilidades o satisfacciones que estime oportunas. En nuestra opinión, si bien es cierto que con ninguno de estos modos de reparación se consigue borrar o eliminar el daño, tarea ésta imposible de lograr, no lo es menos que con la primera de las fórmulas descritas se consigue un aparente retorno al momento anterior a la causación del perjuicio.

Pero es que, además, la opción contraria, es decir, no considerar que la reparación por equivalente ocupe una posición subsidiaria en el sistema resarcitorio español, supondría admitir o permitir la causación de daños con la única condición de pagar por ellos. Supondría, empleando los términos utilizados por CALABRESI y MELAMED, la conversión de reglas de propiedad en reglas de responsabilidad⁶³³. Efectivamente, la mayor parte de los derechos e intereses jurídicamente tutelables y susceptibles de ser dañados por terceros se encuentran protegidos en nuestro Ordenamiento jurídico por medio de reglas de propiedad, lo que significa que su titular puede ceder o transmitir el derecho o interés en cuestión a cambio del precio que estime oportuno⁶³⁴. De este modo, tanto la decisión de efectuar la transmisión del derecho o interés como la decisión acerca del valor que se quiere otorgar al mismo se someten enteramente a la libre voluntad de los interesados⁶³⁵. Sin embargo, cuando uno de esos derechos o intereses resulta infringido por un tercero se priva a su titular de la posibilidad de decidir sobre su cesión. Ésta queda al arbitrio de la voluntad del sujeto infractor que, con la sola condición de indemnizar los daños causados a su titular, puede utilizar en su propio provecho el derecho o interés ajeno. De este modo, se corre el riesgo de convertir las reglas de propiedad que protegen derechos e intereses en reglas de responsabilidad, en virtud de las cuales el titular de tales derechos o intereses podría ser privado de ellos con absoluta independencia tanto de su deseo de llevar a cabo un intercambio voluntario como del precio que hubiera exigido para concretarlo⁶³⁶.

⁶³³ CALABRESI, G. y MELAMED, A.D., "Propiedad, responsabilidad, inalienabilidad: Una perspectiva de la catedral" (Traducción de PEDRO DEL OLMO GARCÍA), *ADC*, 1997-I, págs. 187 y ss.

⁶³⁴ Evidentemente, se excluyen de este ámbito los bienes de la personalidad, los cuales, por su propia naturaleza son intrasmisibles e irrenunciables.

⁶³⁵ CALABRESI, G. y MELAMED, A.D., "Propiedad, responsabilidad, inalienabilidad...", *Op. et loc. cit.*, pág. 191.

⁶³⁶ En estos casos, señalan CALABRESI y MELAMED que el precio que corresponde pagar al sujeto infractor es una cantidad establecida objetivamente por un órgano de titularidad estatal, que podrá establecerlo por relación al valor hipotético que el titular inicial del derecho habría exigido para acceder a

En conclusión y por las razones expuestas, nos parece que, en defecto de elección por parte del perjudicado de la forma en que quiere ver resarcido su perjuicio, la reparación deberá llevarse a cabo prioritariamente en forma específica, recurriendo a la reparación por equivalente con carácter subsidiario para los casos en que aquella otra no sea posible, resulte excesivamente onerosa para el responsable o no compense enteramente el perjuicio irrogado al sujeto dañado.

un intercambio voluntario o por otro criterio objetivo, si bien una vez establecido ese valor, no se atenderá a las reclamaciones del concreto titular que alega que él hubiera exigido más en un intercambio voluntario (CALABRESI, G. y MELAMED, A.D., "Propiedad, responsabilidad, inalienabilidad...", *Op. et loc. cit.*, pág. 191).

CAPÍTULO V
POSIBLES FUNCIONES DE LA REPARACIÓN
DE DAÑOS Y PERJUICIOS

I. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

Consistiendo la consecuencia derivada de la apreciación de responsabilidad civil extracontractual en el surgimiento a cargo del responsable de la obligación de reparar los daños y perjuicios causados, se hace preciso determinar cuál o cuáles son las finalidades o funciones que se persiguen con dicha obligación, esto es, cuál o cuáles son las finalidades o funciones de la propia responsabilidad civil extracontractual. La cuestión se plantea porque, si bien en un primer momento no existieron dudas acerca de la asignación a la obligación de reparación de un fin estrictamente resarcitorio o reparador, la posterior evolución de la responsabilidad civil extracontractual determinó la aparición de recelos en algunos autores, que llegaron a poner en duda la suficiencia de dicha función.

En efecto, fue la ya remota separación entre responsabilidad civil y responsabilidad penal⁶³⁷ la que originó en los países de tradición jurídica romanista la unánime convicción acerca del fin exclusivamente reparador que la responsabilidad aquiliana está llamada a desempeñar y conforme al cual la pretensión única de la institución es reponer al perjudicado en una situación lo más parecida posible a aquélla en la que se encontraría de no haber acontecido el hecho dañoso⁶³⁸.

Sin embargo, la expansión de la responsabilidad civil hacia la cobertura de nuevos intereses dio paso a una situación dominada por la discordancia entre el mantenimiento exclusivo de aquel fin y la adición al mismo de otras funciones diversas⁶³⁹, entre las que

⁶³⁷ La evolución histórica que conduce a la separación entre responsabilidad penal y civil y, por ende, entre pena y resarcimiento, es resumida con acierto por GALLO, P., *Pene private e responsabilità civile*, Giuffrè Editore, Milano, 1996, págs. 37-46.

⁶³⁸ Sobre este origen, afirma DE CUPIS, de manera categórica, que "el verdadero y propio resarcimiento surge históricamente de la superación del carácter originariamente aflictivo y penal de la reacción al daño privado, de la liberación de las antiguas escorias penales" (DE CUPIS, A., "Tradizione e rinnovamento nella responsabilità civile", *Riv. Dir. Civ.*, 1979, pág. 320).

⁶³⁹ Son múltiples y diversos los fines que los autores atribuyen a la responsabilidad civil extracontractual. En este sentido, señala SALVI que entre las demandas que suelen hacerse a la institución se encuentran las de punir, prevenir, restaurar, hacer justicia, vengar, diluir o dividir la carga de los daños, repartir las pérdidas y los riesgos, distribuir los recursos de modo eficiente, controlar las actividades productivas y los servicios públicos y garantizar el óptimo funcionamiento del mercado y el valor primario de la persona humana (SALVI, C., "Il paradosso della responsabilità civile", *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1983, pág. 128).

destacan las finalidades preventiva y punitiva. Esta nueva situación fue la que llevó a algunos autores a hablar de crisis funcional de la responsabilidad civil⁶⁴⁰, al tiempo que para otros supuso un retorno a momentos o estados anteriores de la institución⁶⁴¹.

Se trata esta cuestión de las funciones de la responsabilidad civil de un tema que, pese a haberse suscitado hace ya más de medio siglo⁶⁴², sigue gozando de plena

Por su parte, ALPA alude también a una pluralidad de funciones de la responsabilidad civil, unas más clásicas, como la pacificación o eliminación de la autotutela, la justicia, la prevención y la compensación; y otras más modernas, entre las que se encuentran la publicidad negativa de los procedimientos de responsabilidad civil, la distribución eficiente de las pérdidas, la reducción de los costes de transacción, la distribución correcta de los costes, incentivar las actividades de empresa, garantizar la seguridad de las personas, ejercer un control social de las actividades humanas, asegurar a los sistemas capitalistas el máximo beneficio conteniendo el daño resarcible y preparar la intervención estatal en la regulación de los daños. (ALPA, G., "Ingegneria sociale e amministrazione del danno. Quindici anni di dottrina della responsabilità civile", *Giurisprudenza Italiana*, IV, 1983, págs. 193 y 194).

⁶⁴⁰ En efecto, es posible hallar referencias a la «crisis» funcional de la responsabilidad civil en algunas obras de autores italianos, entre los que cabe citar a SALVI, C., "Il paradosso della responsabilità civile", *Op. et loc. cit.*, pág. 128; RODOTÀ, S., "Modelli e funzioni della responsabilità civile", *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1984, pág. 596 o ALPA, G., "Ingegneria sociale e amministrazione del danno...", *Op. et loc. cit.*, pág. 200.

⁶⁴¹ En este sentido, BONILINI, convencido de que la responsabilidad civil tiende, no sólo a la reintegración del patrimonio del dañado, sino también a castigar a quien se ha comportado de modo prohibido, hace referencia a la recuperación de "viejos conceptos y tradicionales categorías" cuando pone de manifiesto su intención de reproponer la idea de pena privada en el ámbito del Derecho de daños [BONILINI, G., "Pena privata e danno non patrimoniale" en AA.VV., *Le pene private (a cura di F.D. Busnelli e G. Scafì)*, Giuffrè Editore, Milano, 1985, págs. 302 y 303].

La caracterización de la atribución al Derecho de daños de una finalidad punitiva como un retorno a estados menos avanzados de la ciencia jurídica está presente, con un claro propósito crítico, en otros autores que rechazan toda función ajena a la reparadora en el ámbito de la responsabilidad civil. Es el caso del italiano DE CUPIS, que ve en la pena privada, esto es, en el carácter aflictivo o penal de la reacción al daño, una manifestación propia de "los estados menos evolucionados de la historia del Derecho" (DE CUPIS, A., *El daño*, *Op. cit.*, pág. 749). Y es también el caso del español GARCÍA LÓPEZ, R. (*Responsabilidad civil por daño moral...*, *Op. cit.*, pág. 108), así como del que podemos considerar el más acérrimo defensor de la función reparadora de la responsabilidad civil en nuestro país, el Profesor PANTALEÓN, quien niega la posibilidad de justificar "el retroceso secular en la dogmática jurídica que representaría desconocer las diferencias funcionales y estructurales entre las normas de responsabilidad civil extracontractual, las normas penales y las normas de atribución de los derechos subjetivos" [PANTALEÓN PRIETO, F., "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las Administraciones Públicas)", en MORENO MARTÍNEZ, J.A. (Coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Edit. Dykinson, Madrid, 2000, pág. 441].

⁶⁴² Como significativa del temprano planteamiento de un debate en torno a las funciones desempeñadas por la responsabilidad civil es frecuente citar la obra de B. STARK, titulada *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, que data de 1947. No obstante, al margen de un tratamiento monográfico, la cuestión ya se había planteado con anterioridad, como a sí lo demuestra el epígrafe que dedicó ESMEIN a la idea de pena privada al abordar el estudio de la responsabilidad extracontractual en una obra dedicada al Derecho de obligaciones y fechada en el año 1930. En ese epígrafe alude el autor a la revitalización o rebrote que en la doctrina de la época había experimentado la idea de pena privada, circunstancia que, a su modo de ver, se justificaba en una doble aspiración: de un lado, en el deseo de reparar pecuniariamente los daños morales –por entonces, considerados irreparables– y, de otro, en la pretensión de sancionar de modo suficiente los actos gravemente reprobables (ESMEIN, P., *Obligations*, en PLANIOL, M. y RIPERT, G., *Traité pratique de Droit Civil français*, *Op. cit.*, pág. 925).

actualidad en los países de nuestro entorno⁶⁴³ y que participa, por ello, de dos notas aparentemente contradictorias u opuestas. Por una parte, presenta un indudable carácter clásico, que deriva, no sólo del tiempo transcurrido desde su inicial planteamiento, sino también del hecho de haberse convertido en habitual objeto de estudio en la mayoría de las obras generales sobre responsabilidad civil, aun cuando su tratamiento sea, en la generalidad de los casos, meramente testimonial⁶⁴⁴ y falto de profundización. Y, por otra parte, sigue gozando de una innegable actualidad, que persiste en virtud de dos razones fundamentales: 1ª) Porque la cuestión se ha ido complicando con la propia evolución de las sociedades, ya que la aparición de nuevos daños derivados de la realización de las modernas actividades productivas y económicas y la consiguiente expansión de la responsabilidad civil extracontractual hacia la tutela de nuevos intereses la han sometido a cambios profundos, que llevan a replantearse la subsistencia de los presupuestos y de las funciones clásicas de la institución⁶⁴⁵ y 2ª) Porque, así las cosas, el

⁶⁴³ Como es sabido, la cuestión se plantea solamente en los ordenamientos jurídicos de tradición romanista, y, más concretamente, en aquellos cuya codificación civil tuvo como precedente inmediato el Código de Napoleón, ya que de éste proceden las fórmulas generales con las que en tales ordenamientos suele acometerse la regulación de la responsabilidad civil extracontractual, fórmulas que, en base a su generalidad, se limitan únicamente a exigir del responsable de los daños causados la reparación de los mismos. Reglas de este tipo, generales y dirigidas, al menos literalmente, a la consecución de un fin estrictamente reparador, se recogen, entre otros, en los arts. 1382 del CC francés, 2043 del CC italiano y 1902 del CC español.

De modo muy diferente se plantea, en cambio, la cuestión en los países del *Common Law*, en los que la jurisprudencia, por medio de la técnica del precedente judicial, ha ido creando soluciones heterogéneas con las que afrontar las consecuencias dañosas que derivan de la comisión de actos ilícitos extracontractuales. Esas soluciones, a diferencia de lo que ocurre en los países influenciados por la Codificación napoleónica, no responden a una función exclusivamente reparadora del daño causado, sino que asignan fines o funciones diversas a las sumas concedidas al perjudicado en concepto de indemnización de daños y perjuicios. En efecto, se distinguen en los sistemas anglo-americanos tres clases de *damages*: a) Los *nominal damages*, que se concretan en una suma de dinero insignificante o simbólica y se conceden en los casos en que, habiendo tenido lugar un acto ilícito, no se ha producido daño alguno o en aquellos otros en que, existiendo daño, no ha sido posible determinar su cuantía, de tal modo que cumplen una función de afirmación o reconocimiento de derechos; b) Los *compensatory damages*, que tratan de colocar al dañado en una situación similar a aquélla en la que se encontraría de no haberse producido el daño, por lo que desempeñan una auténtica función reparadora; y c) Los *punitive o exemplary damages*, que tienen como finalidad castigar al responsable de un acto dañoso altamente reprochable, desincentivando, al mismo tiempo, la realización de conductas similares por parte del condenado y por parte de terceros, desempeñando, en consecuencia, funciones de prevención y punición. Siendo así, es fácil explicar el hecho de que en estos países no se haya suscitado el problema relativo a las posibles funciones del Derecho de daños, en cuanto que esta cuestión ha sido expresamente resuelta por la jurisprudencia en el sentido de asignarle una pluralidad de finalidades que, dependiendo de las concretas circunstancias del caso, pueden ir más allá de la estricta reparación del perjuicio.

⁶⁴⁴ Ése es el carácter con el que DE ÁNGEL define el tratamiento proporcionado a esta cuestión en su obra *Algunas previsiones sobre el futuro...*, *Op. cit.*, pág. 229.

⁶⁴⁵ Esta idea aparece recogida con claridad meridiana en una obra del italiano GALLO, que habla de "(...) problemas de adaptación que la expansión de la responsabilidad civil hacia la tutela de nuevos intereses ha planteado en el curso del tiempo (...)"; a la vez que insiste en que "La expansión de la responsabilidad civil hacia la tutela de nuevos intereses no ha sido, en efecto, indolora, sino que ha sometido a la institución a fortísimas tensiones evolutivas, que en muchas ocasiones han determinado un

interrogante sobre las funciones desempeñadas por la responsabilidad civil extracontractual sigue abierto, en cuanto que las respuestas ofrecidas por teóricos y prácticos del Derecho distan mucho de ser uniformes⁶⁴⁶.

II. EL COMETIDO DE LA FUNCIÓN REPARADORA

Como ha quedado esbozado en los párrafos precedentes, la aparente unanimidad en favor de la exclusiva finalidad reparadora de la responsabilidad civil extracontractual, alcanzada tras la conclusión del proceso histórico de separación entre pena y resarcimiento, se ha resentido con motivo de las voces que de un tiempo a esta parte vienen proclamando la insuficiencia o inadecuación del objetivo reparador como único argumento justificador de la puesta en marcha de la acción de daños y perjuicios en las complejas sociedades modernas. Sin embargo, esas voces que proponen volver la mirada hacia la persecución de otras finalidades distintas de la reparadora no pretenden, con carácter general, invalidar o anular ésta. Es decir, no aspiran a sustituirla por las nuevas funciones proclamadas, sino que se dirigen, más bien, a complementarla⁶⁴⁷.

No podría ser de otro modo si se tiene en cuenta que las cláusulas generales que regulan la responsabilidad aquiliana en los sistemas jurídicos continentales aluden de forma expresa a la obligación de reparar el daño que surge a cargo del responsable del mismo, de lo que resulta que, si bien puede ser factible extraer de las normas reguladoras de la responsabilidad civil la existencia de otras finalidades o funciones, no

cambio de las propias reglas y cánones de fondo de la responsabilidad civil" (GALLO, P., *Pene private e responsabilità civile*, Op. cit., págs. 4 y 7, respectivamente).

Su compatriota BUSNELLI se refiere igualmente a la relación que existe entre la expansión de la responsabilidad civil como consecuencia de la aparición de nuevos tipos de daños y el replantamiento de sus presupuestos y de sus funciones. En tal sentido, subraya que "a un nivel máximo de expansión de los límites de la responsabilidad civil corresponde una multiplicidad máxima de funciones y el máximo grado de erosión de los elementos estructurales de la regla general de responsabilidad civil" (BUSNELLI, F.D. y PATTI, S., *Danno e responsabilità civile*, Op. cit., pág. 134).

⁶⁴⁶ La confluencia de ambos caracteres, classicismo y actualidad, han contribuido a dotar a la cuestión de una relevancia muy significativa, de la que es muestra una rotunda afirmación que se contiene en una reciente obra, en la que se subraya que "el análisis funcional del Derecho de daños se ha convertido así en el problema de la responsabilidad civil por excelencia" (PEÑA LÓPEZ, F., *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Edit. Comares, Granada, 2002, pág. 196-197).

⁶⁴⁷ Como muestra de ello cabe destacar un pasaje contenido en una obra española, en el que se afirma que "los partidarios de tener en cuenta las potencialidades preventivas del Derecho de daños ni negamos la indemnización compensatoria ni proponemos su sustitución por un sistema de sanciones ejemplares" (SALVADOR CODERCH, P. y CASTIÑEIRA PALOU, M^o T., *Prevenir y castigar*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 113).

cabe, por el contrario, negar la única que el legislador ha querido acoger de forma expresa.

Pero esta apreciación no puede llevarnos tampoco al extremo de concebir la responsabilidad civil en su clásica función reparadora como una premisa ideológica a la que deben adaptarse las normas aun a costa de interpretaciones forzadas⁶⁴⁸. Lejos de ello, se ha afirmado que la finalidad reparadora, *"más que una finalidad conforme a la cual se deben interpretar las normas de Derecho de daños, constituye una suerte de descripción genérica del funcionamiento del sistema (...)",* si bien, *"a pesar de este carácter inicialmente descriptivo, la existencia de la finalidad reparatoria o resarcitoria del sistema influye notablemente en la construcción e interpretación del mismo (...)* Así, *la finalidad reparatoria impide que el sistema de responsabilidad sea construido exclusivamente como un sistema preventivo-punitivo de conductas ilícitas al modo del Derecho penal o del Derecho administrativo sancionador (...)"*⁶⁴⁹. En definitiva, si se quiere llevar a cabo un análisis funcional del Derecho de daños, no se puede obviar la esencial vocación reparadora del sistema. Ahora bien, ésta debe considerarse en su justa medida, de tal manera que, de un lado, no preordene la interpretación de las normas hacia la consecución exclusiva del objetivo resarcitorio a costa de razonamientos artificiosos o rebuscados, ni, de otro, se prescinda absolutamente de dicho objetivo reparador dando lugar a la construcción de sistemas de responsabilidad completamente ajenos al diseñado por los codificadores.

III. LA PRETENDIDA FINALIDAD PREVENTIVA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

La atribución a la responsabilidad civil extracontractual de una función preventiva o disuasoria de comportamientos dañosos no puede considerarse como una idea novedosa⁶⁵⁰. Sin embargo, ello no implica que su formulación haya estado exenta de la

⁶⁴⁸ Esta valiosa apreciación se encuentra en BUSNELLI, F.D. y PATTI, S., *Danno e responsabilità civile*, Op. cit., pág. 148.

⁶⁴⁹ PEÑA LÓPEZ, F., *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Op. cit., págs. 200 y 201.

⁶⁵⁰ Así, se ha afirmado que *"sería incurrir en un error histórico-jurídico de nota creer que la atribución de una función preventiva al Derecho de daños es una novedad relativamente reciente (...). De hecho, la finalidad preventiva era conocida por la doctrina europea continental de hace más de un*

controversia provocada por quienes no alcanzan a ver en la institución ningún otro fin distinto al meramente reparador⁶⁵¹.

No obstante, es cierto que son cada vez más los autores dispuestos a invocar como propia del Derecho de daños la persecución de una finalidad preventiva, ya sea con carácter accidental o secundario⁶⁵², ya lo sea con carácter esencial, situándola, en este último caso, en el mismo plano primario que la función reparadora⁶⁵³. En esta

siglo (...)". (SALVADOR CODERCH, P. y CASTIÑEIRA PALOU, M^a T., *Prevenir y castigar*, Op. cit., pág. 154).

⁶⁵¹ Ciñéndonos a nuestro país, es de recibo citar, de nuevo, a PANTALEÓN, quien, después de haber descartado, de modo absoluto, la función preventivo-punitiva de la responsabilidad civil extracontractual afirmando rotundamente que su función "normativa" no puede ser otra que la compensatoria o resarcitoria (PANTALEÓN PRIETO, F., "Comentario del art. 1902 del CC", *Op. et loc. cit.*, pág. 1971), vuelve a reflexionar unos años más tarde sobre las finalidades de la institución, llegando a la misma conclusión de excluir de la responsabilidad extracontractual cualquier otro fin ajeno al estrictamente reparador (PANTALEÓN PRIETO, F., "Cómo repensar...", *Op. et loc. cit.*, págs. 439 y ss.).

⁶⁵² Así lo hacen, entre otros: MARTÍN CASALS, que califica la función de prevención como un "efecto secundario del principio de compensación de daños" (MARTÍN CASALS, M., "Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982", en *Centenario del Código civil*, Tomo II, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pág. 1256); DE ÁNGEL, que habla de la prevención como una función "indirecta" de la responsabilidad civil (DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Algunas previsiones...*, Op. cit., pág. 231); el alemán LARENZ, que, como ponen de manifiesto SALVADOR y CASTIÑEIRA, "no rechazaba la función preventiva del Derecho de daños, pero la situaba en un segundo plano considerándola como una especie de efecto secundario por más que deseable" (SALVADOR CODERCH, P. y CASTIÑEIRA PALOU, M^a T., *Prevenir y castigar*, Op. cit., pág. 118) o PENA LÓPEZ, para quien "(...) la reacción civilista, aunque sea de finalidad esencialmente reparadora (...), puede desarrollar, en la práctica, también aquella finalidad preventiva; en la medida en que la imputación del daño a su causante se tiene que experimentar por éste, o obviamente como una reacción adversa a sus intereses que le inducirá, para preservarlos, a no repetir una conducta que es negativa para los mismos". "Ahora bien, no se puede afirmar esta finalidad como esencial a la responsabilidad civil extracontractual, (...)" (PENA LÓPEZ, J.M., «Prólogo» a *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, de F. PEÑA LÓPEZ, Edit. Comares, Granada, 2002, pág. XXII).

⁶⁵³ Por su parte, sitúan en el mismo plano las funciones reparadora y preventiva SALVADOR y CASTIÑEIRA, quienes aspiran a integrar la segunda dentro de la primera con el objetivo de lograr un sistema de responsabilidad civil plenamente eficiente, puesto que para ellos "no se compensa correctamente si, al hacerlo, no se previene" (SALVADOR CODERCH, P. y CASTIÑEIRA PALOU, M^a T., *Prevenir y castigar*, Op. cit., pág. 110). También REGLERO, tras afirmar que "la función primaria de todo sistema de responsabilidad es de naturaleza reparatoria o compensatoria" y que "en principio, la responsabilidad civil no está llamada a cumplir una función preventiva ni punitiva, sin perjuicio de que una y otra desempeñen un papel secundario o complementario", cree posible, sin embargo, que la responsabilidad civil pueda cumplir de forma primaria esa función preventivo-punitiva o, como él afirma, "para ser más exactos, una función preventiva, puesto que la manifestación punitiva debe desempeñar fundamentalmente un papel instrumental, dirigido a la prevención" (REGLERO CAMPOS, L.F., "Conceptos generales y elementos de delimitación", en REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, 2^a ed., Edit. Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 69).

Algún autor ha ido todavía más lejos al erigir a la función preventiva en única justificación posible de la responsabilidad civil. Es el caso de PINTOS AGER, que después de comparar la responsabilidad civil con otros modernos mecanismos compensatorios ajenos a la culpa y basados en la idea de socialización de los daños, concluye que las desventajas de la responsabilidad civil extracontractual frente a esos otros instrumentos compensatorios hacen de aquélla un mecanismo reparador bastante imperfecto, hasta el punto de que su subsistencia sólo puede ser explicada apelando a las bondades que la misma presenta desde el punto de vista preventivo (PINTOS AGER, J., *Baremas, seguros y Derecho de daños*, Edit. Civitas, Madrid, 2000, pág. 88).

circunstancia han influido positivamente las ideas de SALVADOR CODERCH y CASTIÑEIRA PALOU, quienes, partiendo de la desvinculación entre prevención y punición, se han mostrado a favor de un sistema de responsabilidad civil construido sobre la idea de la doble función resarcitoria y preventiva.

Lo cierto es que, a nuestro juicio, la idea de añadir a la indiscutible función reparadora de la responsabilidad civil una función preventiva dirigida a evitar o, al menos, a reducir los comportamientos dañosos no se antoja, en modo alguno, descabellada, pues no se trata de “*sacrificar dichas exigencias compensatorias en el altar de la prevención*” —en contra de lo cual se manifiesta de manera rotunda PANTALEÓN⁶⁵⁴—, sino de descubrir en la institución lo que desde sus propios orígenes y presupuestos ya formaba parte de ella. En efecto, consideramos que el objetivo de la prevención o disuasión de conductas dañosas se puede deducir del propio sistema de responsabilidad civil extracontractual tal y como fue diseñado en la época de la Codificación y, más concretamente, del presupuesto que exige la concurrencia de culpa en la conducta del dañador.

Efectivamente, a nuestro modo de ver, si la reparadora fuese la única función perseguida por la responsabilidad aquiliana, se podría haber prescindido, en la construcción del sistema, de toda referencia a la culpa del agente, de modo que todo aquél que, a causa de la conducta (culposa o no) de un tercero hubiera sufrido un daño o perjuicio en alguno de sus legítimos intereses, debería ser resarcido, siempre y cuando entre la conducta del agente y el daño pudiera apreciarse un nexo de causalidad suficiente. En otras palabras, para perseguir un fin estrictamente reparador bastaría —como afirma el italiano SALVI⁶⁵⁵— con la mera causalidad material para imputar un

⁶⁵⁴ Quien, por el contrario, afirma no haber negado jamás “*que, de hecho, la amenaza de la responsabilidad civil pueda prevenir*”, así como que “*a la hora de diseñar un sistema de responsabilidad extracontractual, el legislador de turno, una vez cumplidamente satisfechas las exigencias compensatorias de la justicia conmutativa, deberá elegir a aquél, si alguno, que resulte más adecuado para reducir la frecuencia de las conductas que someten a los demás a riesgos irrazonables de daño*”. No niega, por tanto, que la responsabilidad extracontractual pueda cumplir de forma indirecta una finalidad preventiva, pero sí rechaza, en cambio, una y otra vez, que esa finalidad preventiva pueda ser considerada como una función “normativa” de la responsabilidad aquiliana, pues, en su opinión, la única función “normativa” de ésta en el Derecho español es la compensatoria o resarcitoria (PANTALEÓN PRIETO, F., “Cómo repensar...”, *Op. et loc. cit.*, págs. 443 y 444).

⁶⁵⁵ La afirmación literal de SALVI aparece formulada del modo siguiente: “*Se il ristoro della vittima fosse l'unica ragione dell'istituto, rimarrebbe inespiegato (...) il motivo per il quale la responsabilità non è ricondotta alla mera causalità materiale*” (SALVI, C., “Il paradosso della responsabilità civile”, *Op. et loc. cit.*, pág. 129).

daño a su responsable, de lo que resultaría que todos los daños conectados causalmente a la conducta de un tercero tendrían que ser reparados por éste.

Sin embargo, desde el momento en que el legislador decimonónico opta por erigir a la culpa en presupuesto indispensable para el surgimiento de la obligación de reparar, se pone en evidencia el propósito de aquél de fomentar entre los particulares comportamientos diligentes cuya posibilidad de producir perjuicios sea mínima. Esta observación parece adquirir mayor firmeza si se tiene en cuenta que, en la época de la redacción del Código de Napoleón, la escasa tecnificación de las sociedades determinaba que la práctica totalidad de las conductas humanas se encontrasen sometidas al estricto control de quienes las llevaban a cabo, por lo que una buena forma de reducir el número de perjuicios era imponer a quienes causaban daños, habiendo podido evitarlos a través de una conducta diligente, la obligación de repararlos⁶⁵⁶, pues no cabe duda que, como ha señalado algún autor, *"el conocimiento de que los daños causados por comportamientos negligentes deberán ser indemnizados produce un efecto desmotivador en el sujeto en orden a la realización de esos comportamientos, y como consecuencia, un grado apreciable de prevención de las conductas descuidadas, que son las que más daños pueden generar"*⁶⁵⁷.

Si lo anterior es cierto, es decir, si la función preventiva del Derecho de daños aparece íntimamente ligada a la responsabilidad por culpa⁶⁵⁸, la cuestión que se plantea

⁶⁵⁶ Esta opinión en contra de la necesidad de exigir el requisito de la culpa para cumplir un fin estrictamente reparador parece venir avalada por una afirmación vertida por el Profesor PANTALEÓN cuando señala que *"(...) precisamente porque antes de la Revolución Industrial el stock de daños fortuitos hubo de ser mínimo –porque, por lo rudimentario de la tecnología y la escasa concentración de la población, tuvo que ser difícilmente posible un daño sin culpa, sin que mediase una conducta del dañante con un riesgo de dañar a otro mayor que el normalmente tolerable (o una conducta del perjudicado con un riesgo irrazonable de resultar dañado)– no existiría diferencia práctica entre responsabilidad por culpa y responsabilidad estricta: la causalidad (la imputación objetiva, en la terminología actual) implicaría típicamente culpa; por lo que el lenguaje causal, propio a lo que parece de los jueces del common law, o el culpabilista, característico de los juristas del civil law, sería en términos prácticos una cuestión de gustos"* (PANTALEÓN PRIETO, F., "Cómo repensar...", *Op. et loc. cit.*, pág. 449, nota nº 19, último párrafo).

⁶⁵⁷ PEÑA LÓPEZ, F., *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, *Op. cit.*, pág. 212.

⁶⁵⁸ Señala ALPA en tal sentido que *"prevención del daño y efecto preventivo de la responsabilidad civil, en efecto, están íntimamente ligados a formas de responsabilidad subjetiva y, en última instancia, al presupuesto de la culpa. La obligación de resarcir el daño, que debería inducir al agente a adoptar todas las medidas idóneas para prevenir perjuicios a terceros y disuadirlo de realizar actividades peligrosas o excesivamente riesgosas, puede llegar a ser un fuerte instrumento de prevención solamente si se subordina a la determinación de una culpa del agente"* (ALPA, G., *Trattato di Diritto civile*, *Op. cit.*, pág. 139).

es si la presencia de aquella función se puede seguir predicando cuando, con motivo de la explosión de las modernas y cada vez mayores industrias potencialmente dañosas, se adopta un nuevo criterio de imputación, basado, esta vez, en la ausencia de culpa. Nos referimos, como es fácil suponer, a la responsabilidad objetiva.

Podría parecer, a primera vista, que, desde el momento en que a las empresas causantes de perjuicios se les impone la obligación de repararlos independientemente de cuál haya sido el nivel de precauciones que hubieran adoptado —esto es, con independencia de su actuación diligente o culposa—, el objetivo de la prevención carecería de toda virtualidad, ya que al responsable podría resultarle indiferente reducir o no el riesgo de causar perjuicios si, por muchos cuidados que adopte, la obligación de repararlos surge igualmente. Sin embargo, la apreciación cambia cuando se profundiza en el verdadero fundamento de la responsabilidad objetiva, que, como afirma TRIMARCHI, no es otro que perseguir la disminución del riesgo que causan las empresas⁶⁵⁹. Este objetivo se consigue imputando el riesgo, esto es, el coste derivado de hacer frente a la reparación de los daños producidos en el ejercicio de la actividad, al pasivo social de la empresa como un coste de producción más, de tal modo que deba ser asumido o soportado por el empresario que, a resultas de la actividad desarrollada, obtiene beneficios o ganancias. De este modo, queda patente que la responsabilidad objetiva cumple una función preventiva, puesto que las empresas, con el fin de reducir

⁶⁵⁹ Es cierto que la responsabilidad objetiva suele justificarse por algunos autores con base en la equidad, pues se considera justo que, cuando la realización de actividades humanas que proporcionan un beneficio a su autor causan daños a otras personas, la reparación de tales perjuicios sea puesta a cargo de quien realiza la actividad y se beneficia de ella, aun cuando en su ejecución haya adoptado todas las precauciones exigibles. Se observa así en la obligación de reparar el daño causado por una concreta actividad una contrapartida a la ganancia que se obtiene mediante la realización de la misma. Entre los autores que utilizan la equidad como argumento justificativo de la responsabilidad objetiva podemos citar al italiano DE CUPIS (*El daño*, *Op. cit.*, pág. 191) y, en España, a PANTALEÓN, quien se refiere, en realidad, a la justicia conmutativa (PANTALEÓN PRIETO, F., “Cómo repensar...”, *Op. et loc. cit.*, pág. 450) y a LACRUZ (*Elementos de Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, Vol. II, *Op. cit.*, pág. 449).

Sin embargo, nos aclara TRIMARCHI que, pese a que fue probablemente la exigencia equitativa la que determinó en el Derecho italiano la introducción de la responsabilidad objetiva, lo cierto es que la equidad no puede erigirse en fundamento de la responsabilidad civil ni, por ende, en “*espíritu informador de las reglas de responsabilidad objetiva*”. Lejos de ello, el verdadero fundamento de la responsabilidad objetiva no es otro que reducir el riesgo, de lo que se puede deducir que esa pretensión está claramente ligada al fin preventivo del Derecho de daños, fin que el autor observa igualmente en el ámbito de la responsabilidad por culpa en cuanto afirma que “*cuando el daño haya sido causado culpablemente, la transferencia del mismo de la víctima al culpable viene justificada por la función preventiva que ejerce la amenaza de la responsabilidad*” (Vid. TRIMARCHI, P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè Editore, Milano, 1961, págs. 12, 30, 36 y 17)

sus costes, tratarán de disminuir el riesgo de causar daños adoptando para ello medidas de precaución que redundarán en un descenso del número de perjuicios⁶⁶⁰.

Se podría objetar que, tratándose de decisiones puramente económicas, las empresas solamente estarán dispuestas a reducir el riesgo cuando el coste de adopción de las medidas de precaución sea inferior al coste que resulta de la obligación de reparar los daños causados⁶⁶¹. Pero, incluso, en tales supuestos son varios los factores que pueden inducir al empresario a adoptar mayores medidas de seguridad que eliminen o reduzcan el riesgo de su proceso productivo: en primer lugar, no hay duda de que la causación repetida y continuada de daños por parte de una empresa generará para ésta una publicidad negativa y, con ello, un recelo por parte de los consumidores o usuarios de sus bienes o servicios, que probablemente dirigirán sus demandas hacia otras empresas competidoras; y, por otra parte, el mecanismo utilizado por las sociedades potencialmente responsables consistente en desplazar los costes derivados de sus resultados dañosos hacia los aseguradores de responsabilidad civil, determinará un aumento de las primas de los seguros que tendrá su reflejo en un incremento del precio de los bienes o servicios ofertados, pudiendo producirse, de nuevo, una pérdida significativa de clientela, la cual tratará de conseguir en el mercado los mismos productos a precios más bajos⁶⁶².

Esto es así en relación con la responsabilidad objetiva surgida para hacer frente a los riesgos de la producción industrial. Pero es cierto que, especialmente en los últimos tiempos, se asiste a una objetivación de la responsabilidad civil en ámbitos relativos a actuaciones de los particulares ajenas a toda actividad empresarial. Como representativas de dicha objetivación cabe citar ciertas normas, como el art. 1905 del

⁶⁶⁰ Incluso, en los casos en los que, debido al actual estado de la técnica, no sea posible adoptar medidas de precaución que reduzcan el riesgo, TRIMARCHI sigue viendo en la responsabilidad objetiva una clara finalidad preventiva, porque, a su juicio, *"cuando éste (el coste del riesgo) no pueda ser económicamente reducido, en el estado actual de la técnica, es justo igualmente que los beneficios de la empresa sean disminuidos en contrapartida, porque esta presión económica puede inducir también a llevar a cabo nuevas investigaciones que conduzcan al hallazgo de nuevos métodos menos riesgosos"* (TRIMARCHI, P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Op. cit., pág. 38).

⁶⁶¹ Esa objeción la hace Díez-PICAZO al relacionar la idea de prevención con los costos de las indemnizaciones y con los costos de la evitación del daño, pues a este autor le parece que *"si el costo de ser precavido es muy alto y es alto el beneficio que se obtiene de no serlo, porque las indemnizaciones se van a mantener en unos márgenes aceptables, la idea de que quien no fue precavido y por ello fue condenado, decidirá serlo en el futuro, es una idea que en términos generales es de difícil aceptación"* (DÍEZ-PICAZO L., *Derecho de daños*, Op. cit., pág. 48).

⁶⁶² A estos factores que pueden inducir al empresario a adoptar medidas de seguridad más eficaces para reducir el riesgo alude ALPA, G., *Trattato di Diritto civile*, Op. cit., pág. 140.

CC, regulador de la responsabilidad por los daños causados por animales; el art. 1 de la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, que prescinde de la exigencia de culpa en la conducta del responsable de daños a las personas, no así cuando se trata de los producidos en los bienes; o el art. 33.5 de la Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza. A la vista de estos supuestos, cabría preguntarse si también en estos ámbitos la introducción de una responsabilidad surgida al margen de la culpa del responsable responde a un objetivo preventivo.

A nuestro juicio, la respuesta debe ser afirmativa, al justificarse tal objetivación del Derecho de daños en el carácter peligroso de las actividades reguladas. Es evidente que la tenencia de animales, cuyas reacciones pueden resultar impredecibles, o la conducción de vehículos a motor, cada vez más rápidos y potentes, así como la práctica de la caza, especialmente con armas de fuego, constituyen actividades de riesgo capaces de generar graves perjuicios. Por esa razón, con el fin de que los particulares adopten las mayores precauciones posibles en la realización de dichas actividades, de las que, por otra parte, obtienen ciertos beneficios –no necesariamente económicos– se les hace responder de los daños que las mismas producen. Se trataría, al igual que ocurre en el ámbito empresarial, de un coste que debe asumir quien se beneficia con la realización de ciertas actividades riesgosas. Ahora bien, tratándose de particulares que obtienen de la realización de esas actividades beneficios no necesariamente económicos, la obligación de reparar en todo caso los daños con ellas causados puede ser por sí misma más disuasoria que en el caso de las empresas, las cuales obtienen con sus actividades ganancias económicas con las que compensar sus pérdidas. Además, por si ello fuera insuficiente a los fines preventivos, el legislador somete dichas actividades de los particulares a la concertación de un seguro obligatorio, circunstancia ésta que implica mayores cotas de prevención, las cuales se alcanzan por medio de las penalizaciones (aumento de primas, resolución del contrato,...) que las entidades aseguradoras indudablemente impondrán a los asegurados que causen daños excesivos.

Así las cosas, parece posible afirmar que el actual sistema de responsabilidad civil, aun con sus limitaciones, no sólo actúa *ex post*, reparando el daño, sino que también opera *ex ante*, evitándolo. Ciertamente, la existencia de esas limitaciones del sistema se pone de manifiesto al constatar que nuestro Derecho de daños no es, en relación con la

función preventiva, el más perfecto de los que podrían haberse diseñado, pues es innegable, como afirma PEÑA LÓPEZ, que si el sistema permitiese graduar la cuantía de la indemnización en función de la mayor o menor gravedad de la conducta y si, además, la sanción indemnizatoria fuese sufrida personalmente por el dañador, se podrían alcanzar cotas de prevención más elevadas⁶⁶³. Que ello no sea así no significa, sin embargo, que el sistema actual no desempeñe funciones de prevención.

Por lo demás, una última razón en apoyo de la finalidad preventiva del Derecho de daños se basa en la constatación de que dicha finalidad no resulta extraña al Derecho en general ni, consiguientemente, al Derecho civil, en particular. Así se desprende del hecho de que la tutela jurídica se lleva a cabo en todas las ramas del Ordenamiento por medio de la imposición de sanciones que, implicando consecuencias desfavorables para los intereses del infractor, entrañan, en mayor o menor medida, una prevención de las conductas contrarias a las normas⁶⁶⁴. Así las cosas, no hay razón alguna para negar que la sanción por la que se impone al responsable de un daño la obligación de repararlo, en la medida en que constituye *"una reacción adversa a sus intereses"*, *"le inducirá, para preservarlos, a no repetir una conducta que es negativa para los mismos"*⁶⁶⁵. Que ese objetivo preventivo se cumpla de modo más o menos eficaz según el tipo de sanción que se establezca y según el concreto caso en el que opere, no debe ser un argumento decisivo para negar su persecución por parte de las normas reguladoras de la responsabilidad civil.

⁶⁶³ PEÑA LÓPEZ, F., *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Op. cit., pág. 207.

⁶⁶⁴ Abundando en esta idea, SALVADOR Y CASTIÑEIRA afirman que *"(...) no hay ninguna buena razón para que el Derecho de daños no pueda ser utilizado, junto con otras ramas del Derecho, como instrumento para reducir el número y gravedad de los accidentes (...)". "(...) la idea de que el Derecho civil de daños ha de renunciar a todo principio de preservación ex ante de bienes jurídicos, es decir, que ha de limitarse a esperar y ver cómo el riesgo se concreta y el daño se produce, resulta incluso intuitivamente contraria al buen sentido: desde el punto de vista de la justicia, porque no se entiende fácilmente cómo podemos prescindir sin más de la contribución que toda una rama del Derecho puede prestar a su realización; y desde el punto de vista de la economía, porque tampoco es fácil aceptar que el Derecho civil haya de limitarse a contemplar el accidente y sólo después de que éste tenga lugar, ha de ordenar la realización siempre costosa de una transferencia de recursos desde el patrimonio del causante hasta el de la víctima o sus allegados: la compensación por sí misma es doblemente insuficiente"* (SALVADOR CODERCH, P. y CASTIÑEIRA PALOU, M^a T., *Prevenir y castigar*, Op. cit., págs. 117 y 107, respectivamente).

La misma idea se recoge en PEÑA LÓPEZ, F., *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Op. cit., págs. 215 y 218.

⁶⁶⁵ PEÑA LÓPEZ, J.M., «Prólogo» a *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Op. et loc. cit., pág. XXII.

IV. EL PROBLEMA DE LA FINALIDAD PUNITIVA

La defensa de la finalidad punitiva de la responsabilidad civil, en virtud de la cual nos encontraríamos ante una institución dirigida, no sólo a la reparación del daño, sino también al castigo del responsable en atención a su conducta especialmente reproachable, ha sido más difícil de sostener, puesto que implica una ruptura radical con la tradicional concepción reparadora del Derecho de daños⁶⁶⁶. Pese a ello, no han faltado autores —en su mayoría, extranjeros—, que han tratado de sortear los obstáculos que se oponen al reconocimiento de una responsabilidad aquiliana dirigida a la consecución de un objetivo punitivo o afflictivo. Con este fin, dichos autores han abordado el estudio de las penas privadas, las cuales constituyen el tipo de sanción a través del cual resultaría posible canalizar el objetivo citado en el ámbito del Derecho de daños⁶⁶⁷.

De ese estudio se deriva que las penas privadas comparten rasgos característicos tanto de la reparación como de la punición. En efecto, por una parte, las penas privadas

⁶⁶⁶ Concepción reparadora que es defendida con vigor por nuestra jurisprudencia. Como ejemplos recientes de esta defensa y de la exclusión de toda finalidad punitiva del ámbito del Derecho de daños, cabe destacar, entre otros, los siguientes fallos: STS (Sala 1ª) de 7 de noviembre de 2000 (RJ 9911), en la que se afirma que “*las materias relativas a la responsabilidad contractual y a la denominada responsabilidad extracontractual no tienen carácter sancionador*”; STS (Sala 2ª) de 25 de mayo de 2002 (RJ 6038), la cual, concretada a los daños morales, proclama que “*el daño moral tiene su dimensión en el ámbito propio de la víctima y, por tal razón, se debe establecer con finalidad reparadora y sin ninguna vinculación punitiva*”; o la STS (Sala 1ª) de 25 de noviembre de 2002 (RJ 10274) que, analizando, a la vista de los criterios de valoración contenidos en el art. 9.3 de la LO 1/1982, de 5 de mayo —aplicable al caso—, la generosa indemnización concedida en concepto de daño moral por el órgano de instancia concluye que la misma “*escapa a la finalidad resarcitoria o compensatoria del precepto legal para entrar en los daños punitivos, en contra del criterio jurisprudencial que niega la posibilidad de su aceptación en nuestro ordenamiento civil*”.

⁶⁶⁷ En efecto, son los autores franceses e italianos los que más atención han prestado a la posibilidad de que la responsabilidad civil asuma una función de pena privada. De hecho, a diferencia de lo que ocurre en nuestro país, en Francia y en Italia existen destacadas monografías sobre el tema. En este sentido, podemos citar a la autora francesa SUZANNE CARVAL, con su monografía titulada *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée* (L.G.D.J., Paris, 1995); a los italianos BUSNELLI y SCALFI, que coordinaron una obra relativa a la figura de la pena privada formada por aportaciones de juristas especializados en distintas ramas del Derecho (BUSNELLI, F.D. y SCALFI, G., *Le pene private*, Giuffrè Editore, Milano, 1985) o a su compatriota GALLO, que relacionó su análisis de las penas privadas directamente con el tema de la responsabilidad civil (GALLO, P., *Pene private e responsabilità civile*, *Op. cit.*).

En España, por su parte, prácticamente la totalidad de los autores que han tratado esa cuestión se han manifestado en contra de la presencia de una función punitiva en nuestro sistema de responsabilidad civil. *Vid.*, en tal sentido, MARTÍN CASALS, M., “Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982”, *Op. et loc. cit.*, págs. 1256-1263; PANTALEÓN PRIETO, F., “Comentario del art. 1902 del CC”, *Op. et loc. cit.*, pág. 1971; SALVADOR CODERCH, P. y CASTIÑEIRA PALOU, Mª T., *Prevenir y castigar*, *Op. cit.*, págs. 163-176; Díez-Picazo, L., *Derecho de daños*, *Op. cit.*, págs. 44-47 o PEÑA LÓPEZ, F., *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, *Op. cit.*, págs. 224-251. No obstante, muy recientemente se ha mostrado a favor de aquella REGLERO CAMPOS, L.F., “Conceptos generales y elementos de delimitación”, *Op. et loc. cit.*, págs. 69 y 76-89.

se alejan de las públicas para compartir rasgos propios de la reparación de perjuicios, tales como la impersonalidad de la sanción, que, en consecuencia, resulta transmisible a los herederos; el carácter privado de los intereses tutelados o la circunstancia de que la cuantía en la que se concretan no va a parar al Estado, sino al sujeto perjudicado. Sin embargo, presentan, al tiempo, otras notas que, alejándolas de la reparación, las acercan a las penas públicas. En este sentido, cabe destacar que tienen por finalidad castigar al dañador en atención a su conducta reprobable y, por ello, en cuanto que dirigidas a este fin, suelen exceder el montante del perjuicio causado.

De acuerdo con lo anterior, las penas privadas constituyen un tipo de sanción que ocupa un lugar intermedio entre la reparación de daños y perjuicios y las penas de Derecho público⁶⁶⁸. Este hecho, unido a la poca atención que nuestra doctrina ha prestado a las penas privadas, hace extremadamente difícil erigirlas en una categoría autónoma. No obstante, algunos autores extranjeros han delimitado una serie de rasgos característicos de las penas privadas capaces de individualizarlas⁶⁶⁹, aunque, teniendo en cuenta que la mayor parte de esos caracteres concurren también en la reparación, se hace patente que la clave para decidir en cada caso si estamos ante una medida reparadora o ante un instrumento afflictivo no es otra que la averiguación de la finalidad que se persigue con la imposición de la sanción respectiva.

⁶⁶⁸ No en vano se ha hablado de la doble naturaleza, punitiva y civil, de las penas privadas. En tal sentido se ha pronunciado, siguiendo a SAVIGNY, el italiano BONILINI, G., "Pena privata e danno non patrimoniale", en AA.VV., *Le pene private*, Op. cit., pág. 308. También ha aludido a esa doble naturaleza de la pena privada la autora francesa CARVAL, S., en *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Op. cit., pág. 251.

⁶⁶⁹ Es el caso del italiano MOSCATI, que las caracteriza por medio de tres notas o elementos distintivos: 1) la pena privada es una sanción dirigida a la tutela de intereses privados; 2) se trata de una sanción que nace de la voluntad de los sujetos privados (al menos, en el caso de las penas privadas negociales) y 3) desempeña una función punitiva o afflictiva [MOSCATI, E., voz «Pena (Diritto privato)», en *Enc. Dir.*, Tomo XXXII, Giuffrè Editore, 1982, págs. 784-786].

El penalista BRICOLA, por su parte, individualiza las penas privadas a través de los siguientes elementos: tutelan intereses privados, se conceden en beneficio del particular y no del Estado, se aplican a través del filtro judicial y a iniciativa de la parte dañada y persiguen un fin preventivo y afflictivo (BRICOLA, F., "La riscoperta delle «pene private» nell'ottica del penalista", en AA.VV., *Le pene private*, Op. cit., págs. 29 y 30).

Su compatriota BONILINI también atribuye a las penas privadas algunos rasgos caracterizadores, como son: la tutela de intereses privados, su pertenencia a los campos civil y penal, el hecho de beneficiar al perjudicado con la cuantía en que se concretan y su fin conminatorio e intimidatorio (BONILINI, G., "Pena privata e danno non patrimoniale", en AA.VV., *Le pene private*, Op. cit., págs. 308 y 309).

Asimismo, el francés TUNC las delimita a través de la finalidad a la que responden y de la medida en que se concretan, de modo que, a su juicio, estaremos ante una pena privada "siempre que nos encontremos con la voluntad (del legislador, del juez o, incluso, de un contratante) de punir, de reprimir, sin recurrir a los medios de Derecho penal clásico y por la simple asignación de una suma de dinero a la víctima de un comportamiento ilícito" (TUNC, A., "La pena privata nel Diritto francese", en AA.VV., *Le pene private*, Op. cit., pág. 350).

Así las cosas, se hace preciso analizar los principales argumentos utilizados en favor de la posibilidad de atribuir un fin punitivo al sistema español de responsabilidad civil extracontractual para determinar si, en efecto, en tales hipótesis nos hallamos o no en presencia de una pena privada.

1. SOBRE LA POSIBLE APLICACIÓN DEL ART. 1107 DEL CC AL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

Un elemento característico de las sanciones que se dirigen a castigar o punir a los particulares es el constituido por la toma en consideración del grado de culpa concurrente en la conducta del infractor para modular, conforme a él, la gravedad o extensión de la sanción. De acuerdo con esta afirmación, la presencia del elemento citado en el ámbito de la responsabilidad aquiliana podría considerarse como una manifestación de la persecución por parte de ésta de una finalidad punitiva⁶⁷⁰, por lo que se hace necesario determinar si en el ámbito de la citada institución la extensión de la reparación debida al perjudicado se define o no en función de la gravedad de la conducta del responsable.

Pues bien, a la vista de la cláusula general reguladora de la responsabilidad aquiliana, contenida en el art. 1902 del CC, es posible afirmar que no cabe deducir de ella criterio alguno que permita medir la cuantía de la indemnización debida al perjudicado en función del diferente grado de culpa del responsable⁶⁷¹. Por el contrario, en el art. 1902 del CC parece que el legislador "*se ha limitado en la responsabilidad aquiliana a establecer el mínimo de culpa a partir del cual se va a responder de todo*"⁶⁷², de modo tal que, concurriendo simple culpa o negligencia en la conducta dañosa, el responsable habrá de responder de la totalidad del perjuicio causado, cualquiera que haya sido la gravedad de dicho comportamiento dañoso.

⁶⁷⁰ Así, MARTÍN CASALS ha afirmado que "(...) en una primera aproximación parecería ser que sólo la función punitiva puede explicar que se considere la conducta del causante" (MARTÍN CASALS, M., *Op. et loc. cit.*, pág. 1266).

⁶⁷¹ En tal sentido se han pronunciado expresamente, entre otros, PANTALEÓN PRIETO, F., en "Comentario al art. 1902 del CC", *Op. et loc. cit.*, pág. 1971 y en "El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)", *ADC*, 1991, pág. 1023; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, *Op. cit.*, pág. 975 o PEÑA LÓPEZ, F., *Op. cit.*, pág. 207.

⁶⁷² YZQUIERDO TOLSADA, M., "Comentario del art. 1107 del Código Civil", *Estudios de Derecho civil en homenaje al Prof. Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Vol. Primero, Edit. Bosch, Barcelona, 1992, pág. 862.

Sin embargo, existe en nuestro Código Civil una norma que de manera expresa toma en consideración la gravedad de la conducta realizada para determinar, con arreglo a ella, la extensión de la reparación debida por el responsable al perjudicado. Se trata del art. 1107 del CC, que dispone lo siguiente: *"Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento"*, añadiendo, en un segundo párrafo, que *"en caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación"*⁶⁷³. Nos hallamos ante una diferenciación que DOMÍNGUEZ HIDALGO ha caracterizado como *"el único caso en que, por expreso mandato legal, la consideración de la gravedad del hecho tiene relevancia a efectos resarcitorios y en la que, por tanto, la indemnización tiene un claro matiz punitivo"*⁶⁷⁴.

Lo que ocurre es que la norma transcrita no aparece recogida entre las expresamente dirigidas a regular la responsabilidad aquiliana y, además, se formula, al igual que las situadas en su entorno, en términos propios de las obligaciones nacidas de contrato, por lo que, considerándose, sin duda, aplicable a estas últimas, se hace, sin embargo, preciso indagar acerca de la posibilidad de extender su aplicación a la esfera extracontractual. En este punto, ha de decirse que, en efecto, algunos autores han considerado posible la extensión del art. 1107 y, consiguientemente, del criterio que atiende a la gravedad de la culpa para determinar la indemnización debida, al ámbito de las obligaciones extracontractuales basándose para ello en una serie de argumentos que, no obstante, a juicio de un sector doctrinal contrario, no pueden considerarse correctos.

Uno de los argumentos utilizados a favor de la aplicación del art. 1107 del CC a la responsabilidad extracontractual se basa en la viabilidad, doctrinal y jurisprudencialmente admitida, de extender los preceptos generales reguladores de la indemnización de daños y perjuicios, no sólo a la debida por incumplimiento

⁶⁷³ Esta norma tiene su origen en el art. 1150 del CC francés, precepto del que pasó a otros Códigos de su misma ideología liberal, como los italianos de 1865 (art. 1228) y de 1942 (art. 1225) o el español de 1889 (art. 1107). Pero, mientras que el legislador italiano fue más fiel al texto francés, el español introdujo expresiones diferentes que, tomadas, por un lado, del Proyecto de García Goyena de 1851 y del anteproyecto de Código civil belga de Laurent, por otro, dieron lugar a dificultades interpretativas, que en la actualidad parecen superadas al ser unánime la opinión de que la norma española debe entenderse del mismo modo que la francesa que le dio origen.

⁶⁷⁴ DOMÍNGUEZ HIDALGO, C., *El daño moral*, Op. cit., Tomo I, pág. 124.

contractual, sino también a la determinación del resarcimiento que corresponde al perjudicado por un acto ilícito extracontractual. El primer autor que recurrió a esta justificación fue DE COSSÍO, para quien el hecho de que los arts. 1101 y siguientes se encuentren contenidos en el Capítulo referido genéricamente a los “*efectos de las obligaciones*” determina la imposibilidad de limitar su aplicación únicamente a las de naturaleza contractual⁶⁷⁵.

Ahora bien, por mucho que los órganos judiciales hayan consagrado con carácter general la aplicabilidad indistinta de los preceptos citados a la responsabilidad contractual y a la extracontractual⁶⁷⁶, lo cierto es que la extensión de tales preceptos al ámbito de esta última no puede realizarse sin tener en cuenta la finalidad perseguida por cada una de las concretas normas contenidas en ellos, porque si dicha finalidad resulta incompatible con el supuesto a regular, la extensión no será posible. Por tal razón, se hace necesario averiguar la *ratio* o principio que ha inspirado la redacción del art. 1107 del CC para concluir si éste resulta o no aplicable en el ámbito de las obligaciones nacidas al margen de contrato.

En este punto, nos encontramos con una serie de autores para los cuales la *ratio* o finalidad de la norma contenida en el art. 1107 parece concretarse en la realización de la justicia o equidad. Para ellos, el grado de culpa debe influir en la extensión del daño resarcible porque consideran justo que quien actúa con dolo –y, por ende, de forma particularmente reprochable– deba responder de más consecuencias dañosas que quien lo hace con simple culpa o negligencia⁶⁷⁷. Pues bien, no es casualidad que quienes

⁶⁷⁵ DE COSSÍO, A., *El dolo en el Derecho civil*, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pág. 132. Sigue a este autor DE CASTRO, F., “La indemnización por causa de muerte”, *Op. et loc. cit.*, pág. 478.

Más recientemente, ha retomado el argumento expuesto YZQUIERDO, para quien “*aunque el artículo aparezca redactado como cualquiera de sus «vecinos» en términos propios de un lenguaje de contratos (...), no deja de estar situado en sede de teoría general de la obligación, y las razones de orden sistemático para sustraer de su aplicación una categoría de obligaciones como las de origen extracontractual brillan por su ausencia*” (YZQUIERDO TOLSADA, M., “Comentario del art. 1107...”, *Op. et loc. cit.*, pág. 863). En idéntico sentido, CUEVILLAS MATOZZI, I., *La relación de causalidad en la órbita del Derecho de daños*, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 2000, págs. 345 y 351.

⁶⁷⁶ *Vid.*, a modo de ejemplo, la STS (Sala 1ª) de 19 de junio de 1984 (RJ 3250), en la que el Alto Tribunal a firmó que “*de los puntos de coincidencia y notas comunes se sigue también que la tajante separación originaria (entre responsabilidad contractual y extracontractual) se atenúe en su aproximación a la común finalidad reparadora mediante la aplicación indistinta de preceptos que pueden reputarse, con matizaciones, preceptos comunes (por regular dentro del Código y la necesidad de llenar sus lagunas, la responsabilidad en general), así los arts. 1101 a 1107 CC*”.

⁶⁷⁷ Eso sí, como no podía ser de otra forma, siempre y cuando dichas consecuencias dañosas se encuentren conectadas causalmente con la conducta del responsable. A este respecto, *vid.*, CRISTÓBAL

defienden esta justificación de la regla contenida en el art. 1107 se muestren a favor de extender su ámbito de aplicación a la responsabilidad extracontractual⁶⁷⁸. La razón estriba en que la exigencia de justicia que, en su opinión, fundamenta la norma contenida en ese artículo ha de manifestarse sin distinción en las hipótesis de daño contractual y en las de daño extracontractual, sin que quepa apreciar motivo alguno para aceptar que el autor negligente de un perjuicio causado al margen de contrato haya de responder de más consecuencias dañosas que aquel otro que, actuando de igual modo, pero vinculado contractualmente, causa un perjuicio idéntico⁶⁷⁹.

MONTES, A., "El enigmático artículo 1107 del Código Civil español", *Centenario del Código Civil*, Tomo I, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pág. 567 y 569; PANTALEÓN PRIETO, F., "El sistema de...", *Op. et loc. cit.*, pág. 1037; YZQUIERDO TOLSADA, M., "Comentario del art. 1107...", *Op. et loc. cit.*, pág. 867; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, *Op. cit.*, pág. 284 y DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, Edit. Civitas, Madrid, 1993, pág. 809.

⁶⁷⁸ Es el caso del italiano DE CUPIS, que tras negar la aplicabilidad a la responsabilidad aquiliana del art. 1225 del vigente CC italiano (equivalente, no en sus términos, pero sí en su contenido, al 1107 del CC español) por expresa exclusión efectuada por el art. 2056.1º, vierte la siguiente consideración: "(...) los que contrariamente sostienen, como entendemos nosotros, que la influencia de la culpa sobre el contenido del daño está solidamente fundada en la equidad, no pueden por menos de convenir, iure condendo, en una extensión de tal influencia a la esfera extracontractual" (DE CUPIS, A., *El daño*, *Op. cit.*, pág. 311).

En el mismo sentido se pronuncia el español DE ÁNGEL, para quien "el art. 1107 I hace pensar en un trato de favor al deudor de buena fe que incumple y su fundamento se encontraría en una exigencia de equidad" (DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., "Comentario al art. 1107", en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 58), razón por la cual estima razonable "la aplicación analógica del artículo 1107 a los casos de responsabilidad extracontractual. La «identidad de razón» parece innegable, pues tanto en la hipótesis contemplada literalmente en el artículo citado, como en aquella a la que se intenta extender su aplicación, se persigue una misma cosa: otorgar un trato diferente, desde el punto de vista jurídico, a comportamientos que merecen una muy distinta calificación moral; no parece desmesurado, sino al contrario justo, que deba responder de más consecuencias de sus actos quien obró con ánimo de dañar que el que sólo se comportó de manera negligente" (la negrita es suya) (DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, *Op. cit.*, pág. 809).

También parece optar por el fundamento equitativo o de justicia del art. 1107 YZQUIERDO, cuando afirma que "Si la distinción que a efectos de resarcimiento realiza el art. 1107 entre el deudor incumplidor de buena fe y el doloso sólo juega en responsabilidad contractual, hay algo que no encaja desde un punto de vista de pura justicia: el obligado extracontractualmente lo está hasta las últimas consecuencias, haya sido malicioso su comportamiento o haya sido meramente imprudente. Por ello creo que el art. 1107 también debe jugar en el terreno no contractual (...)" (YZQUIERDO TOLSADA, M., "Comentario del art. 1107...", *Op. et loc. cit.*, pág. 861).

⁶⁷⁹ En este sentido, YZQUIERDO ha afirmado que "mientras el art. 1107 sea Derecho vigente, las diferencias no deberían encontrar su origen en el carácter contractual o extracontractual de la obligación, sino en el carácter doloso o no doloso de la conducta". Y señala igualmente, en relación con la progresiva objetivación de la responsabilidad extracontractual, que "si en la práctica no juega la distinción entre dolo y no dolo en las obligaciones no contractuales, que tampoco juegue en las contractuales (...) Pretender que sólo por la vía del art. 1902 podría obtener la compensación de la totalidad de sus padecimientos y nunca por la vía contractual por la idea de que fueron daños no previsibles en el momento de la celebración del contrato sería tanto como afirmar que un autobús o un bisturí son más peligrosos fuera del contrato que dentro de él" (YZQUIERDO TOLSADA, M., "Comentario del art. 1107...", *Op. et loc. cit.*, págs. 863 y 864, respectivamente).

Mas ocurre que, teniendo en cuenta los antecedentes del artículo 1107, el argumento que encuentra en la equidad la justificación o fundamento de la norma en él contenida no parece correcto. Así, acudiendo a los orígenes del precepto, nos recuerda POTHIER que el principio sobre el que se funda la limitación de la indemnización debida por el deudor culposo a los daños previsibles contenida en el art. 1150 del CC francés "*es el de que las obligaciones que nacen de los contratos no pueden formarse más que por el consentimiento y la voluntad de las partes (...) el deudor, al obligarse al pago de daños y perjuicios que resultarían de la inejecución de su obligación, se reputa como no habiéndose entendido ni querido obligar más que hasta la suma a la cual él ha podido racionalmente prever que podían montar a lo más los dichos daños y perjuicios, y no más allá*"⁶⁸⁰. Es decir, el incumplidor culposo de una obligación contractual sólo debe responder de los daños que para el caso de incumplimiento pudo prever en el momento de concluir el contrato porque debe respetarse su voluntad, la cual, ante la perspectiva de contratar, se configura mediante un análisis o ponderación de las ventajas que va a obtener en virtud del contrato, así como de las cargas que, a consecuencia del mismo, deberá soportar. Entre esas cargas, el contratante incluye las que pueden derivar de un eventual incumplimiento de su obligación, lo que le obliga a realizar una previsión de los daños que su incumplimiento causará a la otra parte. De este modo, cuando finalmente consiente en obligarse por el contrato es porque ha aceptado asumir unas determinadas cargas que él mismo se ha representado como probables a la vista de las concretas circunstancias que rodean el pacto y, por esa razón, no cabe exigirle responsabilidad por otras distintas a las expresamente previstas por él⁶⁸¹. Esta regla

⁶⁸⁰ POTHIER, R.J., *Tratado de las obligaciones*, Op. cit., pág. 96.

⁶⁸¹ La autonomía de la voluntad, que preside la regulación de los contratos en el momento codificador, se convierte, según esta opinión, en el fundamento de la norma que nos ocupa. Así opinan en el país vecino, entre otros, los hermanos MAZEAUD, H., L. y J. (*Lecciones de Derecho Civil*, Op. cit., pág. 406) o VINEY y JOURDAIN. Estos últimos autores acogen la explicación expuesta por su compatriota Madame SOULEAU, la cual no sólo relaciona la regla de la previsibilidad de los daños con la autonomía de la voluntad de las partes, sino también con la buena fe y con la justicia contractual. En definitiva, con tres elementos característicos de las obligaciones contractuales (VINEY, G. y JOURDAIN, P., *Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, Op. cit., págs. 595 y 596).

Idéntico fundamento es aceptado por algunos autores españoles, como PANTALEÓN, para quien "*la decisión de celebrar un contrato (...) descansa en un cálculo de costes-beneficios, más o menos consciente, de cada una de las partes contratantes, siendo uno de los costes a tener en cuenta el relativo al riesgo de que se produzcan una serie de daños a consecuencia de un eventual incumplimiento. No tendría buen sentido que el contratante que resulta incumplidor debiera responder de aquellos resultados dañosos que, ni contempló como posibles en el momento de celebrar el contrato, ni una persona razonable, al tiempo de contratar, y contando, en su caso, con los especiales conocimientos de aquél, habría previsto que podrían producirse a consecuencia de tal incumplimiento*" (PANTALEÓN PRIETO, F., "El sistema de...", Op. et loc. cit., pág. 1027). En la misma línea de pensamiento se encuadra la opinión de PEÑA LÓPEZ, que afirma expresamente: "*la limitación del artículo 1150 del CCFr. y, por lo tanto, la de su versión española contenida en el art. 1107 del CC encuentra su fundamento en el respeto*

quiebra, no obstante, cuando el incumplimiento del deudor ha tenido su causa en una conducta dolosa, pues en tal caso responderá tanto de los daños previstos como de los no previstos. Esta circunstancia es, a nuestro juicio, totalmente lógica por la siguiente razón: puesto que de la conducta dolosa del incumplidor cabe deducir un completo desprecio hacia la fuerza obligatoria del contrato, es del todo razonable que ésta — manifestada ahora en el deber de respeto a la voluntad contractual— no entre en juego para beneficiar a ese incumplidor doloso con una limitación de su obligación de reparar circunscrita a los daños previsibles en el momento de la conclusión del contrato.

De lo anterior se deriva que, siendo el respeto a la voluntad de los contratantes lo que justifica la norma contenida en el precepto, no resulta posible extender su aplicación al ámbito de las obligaciones extracontractuales, dado que éstas, lejos de surgir de la autonomía de la voluntad de los particulares, surgen por imperativo legal. No cabe, en consecuencia, recurrir a la aplicación analógica del art. 1107 del CC para extender la norma en él contenida al campo extracontractual, porque entre el supuesto regulado y el que se pretende integrar no existe la identidad de razón exigida por el art. 4.1 del CC⁶⁸².

al principio de autonomía de la voluntad contractual" (PEÑA LÓPEZ, F., *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Op. cit., pág. 240).

Idéntica opinión sostiene la autora chilena DOMÍNGUEZ HIDALGO tras realizar un estudio de la norma desde una perspectiva de Derecho comparado (DOMÍNGUEZ HIDALGO, C., *El daño moral*, Op. cit., Tomo II, págs. 507-510).

⁶⁸² Esta es la conclusión a la que, de manera lógica, llegan quienes encuentran en la voluntad contractual la justificación a la regla que limita a los daños previsibles la obligación de reparar en caso de incumplimiento.

En este sentido, subrayan los MAZEAUD que "la regla (...) carece de aplicación en las obligaciones delictuales y cuasidelictuales; mientras que la obligación contractual depende de la exclusiva voluntad de las partes, que limita así su extensión a las obligaciones previsibles, el deudor delictual está obligado pese a él; su voluntad no podría bastar para restringir su obligación. Por eso, la limitación de la responsabilidad tan sólo al daño previsible (...) no se aplica fuera de la esfera contractual" (MAZEAUD, H., L. y J., *Lecciones de Derecho Civil*, Op. cit., pág. 406). Más recientemente, no dudan tampoco en limitar la aplicación del art. 1150 del CCFr. a las obligaciones nacidas de contrato VINEY, G. y JOURDAIN, P., *Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, Op. cit., pág. 595.

En España, merece ser destacada, una vez más, la opinión de PANTALEÓN, para quien "la proposición primera del artículo 1107.1 CC, sin duda sólo (es) aplicable al incumplimiento de obligaciones contractuales", pues le parece evidente que "esa específica distribución de riesgos entre las partes, imputable a su autonomía privada, que todo contrato supone, ha de reflejarse en el régimen jurídico de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones nacidas de contrato; lo que, por hipótesis, no cabe predicar respecto de las obligaciones legales" (PANTALEÓN PRIETO, F., "El sistema de...", Op. et loc. cit., pág. 1020). Por su parte, PEÑA LOPEZ afirma, en relación con la pretendida aplicación analógica del precepto a las obligaciones extracontractuales, que "Si el art. 1107 del CC es una norma que se explica solamente en relación con principios peculiares de las obligaciones nacidas de contrato como es el de la primacía de la voluntad de las partes contratantes, mal puede ser encontrada una eadem ratio en sede de responsabilidad extracontractual. Siendo ello así, a nuestro juicio, desaparece toda posibilidad de aplicación analógica, pues tal requisito es indispensable para realizarla de conformidad con lo dispuesto por el artículo 4.1 del CC" (PEÑA LÓPEZ, F., *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Op. cit., pág. 240).

La conclusión anterior, por la que se afirma la imposibilidad de aplicación del art. 1107 del CC a la responsabilidad civil extracontractual, resulta reforzada, además, por los propios términos en que se encuentra formulado el precepto. Su párrafo primero señala que los daños de los que responde el deudor culposo son *"los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación"*. Pues bien, esta última expresión lleva a pensar en la necesidad de que con anterioridad al nacimiento de la obligación de reparar exista un momento en el que llevar a cabo el juicio de previsibilidad, momento que, por definición, no existe en las hipótesis de obligaciones extracontractuales, las cuales surgen precisamente en el mismo instante en que se produce el daño, es decir, aquello que hay que reparar.

Es cierto que para DE COSSÍO⁶⁸³ no existe dificultad alguna en limitar la responsabilidad extracontractual culposa a los daños previstos en el momento de causarse el hecho ilícito, en cuanto que éste es, a su juicio, el momento en que se constituye la obligación. Sin embargo, dejando a un lado el hecho de que la obligación de reparar nace con el daño y no con el hecho ilícito (que puede no haber generado perjuicio alguno), no parece defendible, por razones de pura lógica, la opinión según la cual en el mismo instante en que el daño se hace efectivo, se puede llevar a cabo un análisis para prever los perjuicios que la conducta ya realizada podrá generar. En este sentido, es significativa la afirmación de PANTALEÓN, según la cual: *"un juicio de previsibilidad sólo es realizable, lógicamente, situándose en un momento temporal anterior al del acaecimiento de aquello de cuya previsibilidad se trata. Pues bien, de querer aplicar a la responsabilidad extracontractual la norma en cuestión, el momento en el que efectuar el juicio de previsibilidad tendría que ser, cabalmente, el de la producción del daño, que es el momento de constitución de la obligación de indemnizar; y el daño es, precisamente, aquello de cuya previsibilidad se trata"*.⁶⁸⁴

Por último, también DOMÍNGUEZ HIDALGO se pronuncia en similares términos cuando afirma que *"en la responsabilidad extracontractual, en cambio, no existe la posibilidad de realizar ese estudio de la voluntad. La responsabilidad nace, como su nombre lo indica, al margen de cualquier tipo de convención, de la propia violación del naeminem laedere"* (DOMÍNGUEZ HIDALGO, C., *El daño moral*, Op. cit., Tomo II, pág. 508).

⁶⁸³ DE COSSÍO, A., *El dolo en el Derecho civil*, Op. cit., pág. 138. Le sigue en este punto CUEVILLAS MATOZZI, I., *La relación de causalidad en...*, Op. cit., pág. 346.

⁶⁸⁴ La afirmación transcrita se completa con otra altamente ilustrativa con la que el autor zanja en sentido negativo la cuestión de la aplicabilidad del párrafo primero del art. 1107 del CC a la responsabilidad extracontractual. De acuerdo con dicha afirmación *"un rasgo característico de las obligaciones legales es (...) que el deudor puede no tener conocimiento de la realización del supuesto de*

En definitiva, se debe concluir que, ya se tome en consideración el tenor literal del art. 1107, ya se preste atención a su fundamento o *ratio*, no cabe sino negar la posibilidad de extender su aplicación al ámbito de la responsabilidad aquiliana, por lo que la posible manifestación punitiva que cabría asignar a ésta en virtud de dicho precepto resulta radicalmente descartada.

Pero, es más, la conclusión contraria no conllevaría necesariamente la persecución de un fin punitivo. De hecho, éste no se afirma tampoco en el ámbito de la responsabilidad contractual por mucho que a ésta sí resulte aplicable el art. 1107 del CC. Ello se debe a que, si bien es cierto que la graduación de la cuantía indemnizatoria en función de la gravedad de la culpa del responsable es un rasgo corriente o normal de las sanciones aflictivas (v.gr. las sanciones consignadas en el CP), el mismo no constituye, sin embargo, un elemento esencial o necesario de las mismas. Por el contrario, lo que es determinante para apreciar la existencia de una pena privada es que la cuantía impuesta en concepto de indemnización sea superior a la que exigiría la mera reparación del perjuicio causado, porque esta circunstancia sí resulta claramente reveladora del propósito de imponer un castigo al responsable del daño.

2. EXAMEN DE OTRAS POSIBLES MANIFESTACIONES PUNITIVAS DE LA RESPONSABILIDAD AQUILIANA

Otros argumentos esgrimidos a favor de la posibilidad de atribuir al Derecho de daños una finalidad punitiva tienen su origen en la contemplación de la posible incidencia que ciertos criterios jurisprudenciales y legislativos, referidos a la

hecho constitutivo de su obligación, e ignorar, por tanto, su condición de tal: ¿qué daños prevé o puede prever, al tiempo de constituirse la obligación, como posibles consecuencias de la falta de incumplimiento de la misma, alguien que en dicho momento ni siquiera sabe que está obligado?" (PANTALEÓN PRIETO, F., "El sistema de...", *Op. et loc. cit.*, págs. 1031 y 1032, respectivamente).

De forma parecida, DOMÍNGUEZ HIDALGO, que observa que en la responsabilidad extracontractual "no existe (...) un momento previo a la producción de los perjuicios donde la víctima y el responsable hayan podido discutir las condiciones de su responsabilidad. Toda búsqueda de una voluntad anterior al deber de responder por los daños causados a otro es imposible" (DOMÍNGUEZ HIDALGO, C., *El daño moral*, *Op. cit.*, Tomo II, pág. 508); o SÁNCHEZ ARISTI, quien, al entender el juicio de previsibilidad como "un juicio hipotéticamente elaborado «ex ante», en el momento de surgir la obligación (...) y no en el momento de producirse el incumplimiento", concluye que "se hace difícil aceptar la aplicación del artículo 1107.1 al campo de la responsabilidad extracontractual" [SÁNCHEZ ARISTI, R., "Comentario del art. 1107", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, Edit. Aranzadi, Navarra, 2001, pág. 1293].

determinación de las indemnizaciones debidas por el responsable en hipótesis de perjuicios extracontractuales, pueden tener en orden a la apreciación o negación de la concurrencia de tal finalidad. Veamos algunos de esos criterios:

2.1. La toma en consideración del grado de culpa del responsable

Un buen número de autores ha destacado la atención que, *de facto*, los Tribunales suelen prestar a la gravedad de la culpa concurrente en la conducta del dañador para cuantificar, conforme a ella, la indemnización que éste debe satisfacer al perjudicado en concepto de reparación de los perjuicios causados⁶⁸⁵. Esta toma en consideración del grado de culpa del responsable por parte de los órganos judiciales se hace patente si se presta atención a las enormes variaciones cuantitativas que cabe apreciar en las indemnizaciones que se conceden frente a perjuicios análogos y, en ocasiones, ha sido invocada como manifestación del desarrollo por el Derecho de daños de una función punitiva⁶⁸⁶. Ha de hacerse notar, no obstante, que tal influencia del ánimo subjetivo del

⁶⁸⁵ Señala al respecto DE ÁNGEL que "(...) siendo la fijación de la indemnización una cuestión tantas veces sujeta a la apreciación personal del juez concreto, éste debe de llegar (que no es lo mismo que «debe llegar») a una estimación que tiene que hallarse influida por el juicio que moralmente le merezca el comportamiento del responsable" (DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Algunas previsiones...*, Op. cit., pág. 61).

En cuanto a la cita de resoluciones jurisprudenciales concretas en las que se haga uso del criterio aludido, hay que tener en cuenta que no resultan fáciles de localizar, en cuanto que, como ha afirmado DE ÁNGEL, "aunque son relativamente frecuentes los fallos de los tribunales en que se alude con tono recriminatorio a la muy descuidada conducta del agente o a su temerario proceder, las sentencias no invocan expresamente el juicio de sus autores sobre la mayor o menor reprochabilidad del comportamiento del causante del daño como fundamento de una condena de más o menos cuantía" (DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Algunas previsiones...*, Op. cit., pág. 61).

Sin embargo, a título de ejemplo, es posible hacer alusión a algunas sentencias recientes en las que cabe observar indirectamente la utilización del criterio que tiene en cuenta el grado de culpa concurrente en la conducta del responsable. Son, en su mayoría, fallos recaídos con motivo de la comisión de delitos atentatorios contra la libertad sexual. Así, se puede citar la STS (Sala 2ª) de 22 de julio de 2002 (RJ 7780), en la que se atiende, para fijar la indemnización por el daño moral causado a la víctima de una violación, a la gravedad del delito, al entender que el daño moral "resulta de la importancia del bien jurídico protegido y de la gravedad de la acción que lo ha lesionado criminalmente". A la gravedad del hecho atiende también la STS (Sala 2ª) de 17 de mayo de 2002 (RJ 6713). De manera más clara parecen acoger el criterio referido las SSTs (Sala 2ª) de 28 de enero de 2002 (RJ 3017) y de 14 de diciembre de 2001 (RJ 2002/957). La primera, relativa a un delito de homicidio en grado de tentativa más un delito de lesiones, tiene en cuenta para cuantificar la indemnización por daños morales, entre otros criterios, la gravedad de los hechos y la relevancia o repulsa social de los mismos. En la segunda, atinente a un delito de agresiones sexuales, se toma en consideración la gravedad de los hechos, atribuyendo a los acaecidos una especial relevancia y calificándolos como "hecho estigmatizador que difícilmente olvidará la ofendida".

⁶⁸⁶ Son varios los autores, en su mayoría extranjeros, que ven en el criterio jurisprudencial que toma en consideración el grado de culpa del agente para cuantificar las indemnizaciones debidas por la causación de perjuicios no patrimoniales un indicio de la utilización de tales indemnizaciones con una función de pena privada. Es el caso de los italianos SALVI, C. ("Risarcimento del danno extracontrattuale e «pena privata»", AA.VV., *Le pene private*, Op. cit., pág. 327) y GALLO, P. (*Pene private e*

dañador sobre la cuantificación de la suma debida a título de indemnización se aprecia básicamente en relación con los perjuicios no patrimoniales, circunstancia ésta que ha permitido a un amplio grupo de autores rehusar las tesis de quienes observan en dicha práctica de los órganos judiciales una manifestación en favor de la asignación a la responsabilidad civil extracontractual de un fin aflictivo⁶⁸⁷.

En efecto, partiendo de que el criterio en cuestión se aplica en el ámbito de los perjuicios extrapatrimoniales o morales, afirman ciertos autores que el aumento o reducción de la cuantía indemnizatoria en función de la presencia de dolo o culpa en la conducta dañosa se explica por una razón puramente reparadora, pues, a su juicio, una conducta dolosa del responsable causa a la víctima un daño moral mayor que el que resulta de una conducta simplemente negligente. Así, la variación de la cuantía indemnizatoria en supuestos de dolo y de culpa no se explicaría con base en el ánimo subjetivo del dañador, sino exclusivamente en atención al daño efectivamente causado, que es mayor en los supuestos de dolo que en los de culpa o negligencia⁶⁸⁸. Esta postura, sin embargo, no nos parece correcta, en la medida en que no hay dato empírico alguno que confirme la afirmación según la cual el daño moral es mayor en las hipótesis de dolo que en las de culpa. Muy al contrario, entendemos que la entidad del perjuicio no varía en función de elementos ajenos al mismo, tales como el ánimo subjetivo del

responsabilità civile, *Op. cit.*, pág. 86); del alemán GRUNSKY, W. ("La pena privata nel diritto tedesco", AA.VV., *Le pene private*, *Op. cit.*, pág. 369); de la francesa CARVAL, S. (*La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *Op. cit.*, págs. 29 y 292) o de la chilena DOMÍNGUEZ HIDALGO, C. (*El daño moral*, *Op. cit.*, Tomo I, págs. 120 y 121).

⁶⁸⁷ En este sentido, MARTÍN CASALS ha afirmado que "si la cuantía de la indemnización debe graduarse en relación al daño producido, en una primera aproximación parecería ser que sólo la función punitiva puede explicar que se considere la conducta del causante. No obstante, si bien con referencia a los daños patrimoniales esa explicación pudiera ser la única, en relación al daño moral cabe otra" (MARTÍN CASALS, M., "Notas sobre la indemnización del daño moral...", *Op. et loc. cit.*, pág. 1266).

⁶⁸⁸ En esta línea, podemos citar a GARCÍA SERRANO, para quien "la repercusión psíquica que el acto ilícito causa en el sujeto, será tanto más fuerte cuanto «más ilícito» sea el ataque" (GARCÍA SERRANO, F., "El daño moral en la jurisprudencia civil", *Op. et loc. cit.*, pág. 836). La opinión de este autor es seguida por otros, como IGARTUA ARREGUI, F. ["La protección del honor y la intimidad (Comentario a la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1986)", *Poder Judicial*, nº 5, 1987, pág. 93]; GARCÍA LÓPEZ, para quien "la entidad del daño depende de la intensidad de la culpa del causante del daño moral" (GARCÍA LÓPEZ, R., *Responsabilidad civil por daño moral*, *Op. cit.*, pág. 132, nota nº 218); MARTÍN CASALS, M., "Notas sobre la indemnización del daño moral...", *Op. et loc. cit.*, pág. 1266; PANTALEÓN PRIETO, F., "Comentario del art. 1902 CC", *Op. et loc. cit.*, pág. 1971; y SALVADOR CODERCH, P. y CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *Prevenir y castigar*, *Op. cit.*, pág. 174.

dañador, de lo que resulta que idéntico daño puede derivar de una conducta dolosa que de otra meramente culposa⁶⁸⁹.

No obstante, sí se podría descartar el fin punitivo por medio de otro argumento que consideramos bastante más acertado y que encuentra su fundamento en la inestimabilidad pecuniaria que caracteriza a los perjuicios extrapatrimoniales. Dado que éstos, a diferencia de lo que ocurre con los patrimoniales, no son susceptibles de una valoración en dinero basada en criterios objetivos o de mercado, precisan la toma en consideración de otras pautas valorativas, en la mayoría de las ocasiones, subjetivas, que permitan a los juzgadores cuantificar la indemnización apropiada para compensar los daños sufridos por el concreto perjudicado⁶⁹⁰.

Además, teniendo en cuenta precisamente la imposibilidad de convertir los daños extrapatrimoniales en un equivalente pecuniario objetivamente fijado, se evidencia que la asignación de un fin punitivo a la indemnización que trata de compensarlos no resulta fácilmente aceptable y ello, por la siguiente razón: para que pueda hablarse de auténtica punición es preciso que al autor del daño se le imponga la obligación de satisfacer al perjudicado una suma de dinero superior a aquélla en la que se concretaría el perjuicio sufrido, porque, de lo contrario, nos moveríamos en un terreno meramente reparador. Sin embargo, si no hay pautas o criterios con los que poder valorar de forma objetiva los daños morales, resulta imposible conocer si la suma fijada a título de indemnización se limita efectivamente al perjuicio sufrido o va más allá, cargando al responsable con un plus valor añadido al del daño mismo⁶⁹¹.

⁶⁸⁹ Es más, tratándose precisamente de daños morales, que afectan a intereses íntimos y personales del individuo, consideramos que su entidad dependerá más de las circunstancias subjetivas de la víctima que de las del responsable.

La opinión según la cual de la presencia de dolo no se deriva un aumento de perjuicio es compartida por CRISTÓBAL MONTES, para quien "(...) es claro que el daño resarcible no lo ocasiona el dolo del deudor, simple estado anímico que no tiene, por tanto, virtualidad fáctica para dar lugar a perjuicios materiales, tangibles, externos (...)" (CRISTÓBAL MONTES, A., "El enigmático artículo 1107...", *Op. et loc. cit.*, pág. 573). En el mismo sentido se pronuncian DOMÍNGUEZ HIDALGO, C. (*El daño moral*, *Op. cit.*, Tomo I, pág. 125) y PEÑA LÓPEZ. Este último afirma que "un estado de ánimo como el dolo, constituido por el conocimiento y la voluntad de causar un daño, no puede, por definición, causar nada" (PEÑA LÓPEZ, F., *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, *Op. cit.*, pág. 236).

⁶⁹⁰ La idea de que es esta dificultad de valoración de los perjuicios morales la que lleva a los órganos jurisdiccionales a proporcionar la indemnización a la gravedad de la culpa fue manifestada hace ya tiempo por MAZEAUD y CHABAS (*Traité théorique et pratique...*, *Op. cit.*, pág. 718). Más recientemente, sigue a estos autores la chilena DOMÍNGUEZ HIDALGO, C., *El daño moral*, *Op. cit.*, Tomo I, págs. 126-127.

⁶⁹¹ En este mismo sentido se pronuncia la autora italiana POLETTI, D., "L'art. 2059 CC come ipotesi di sanzione civile punitiva?", en AA.VV., *Le pene private*, *Op. cit.*, pág. 342.

Así las cosas, no parece existir ninguna razón concluyente para afirmar que la toma en consideración de la gravedad de la culpa del responsable para calcular la indemnización debida por los daños morales constituya una manifestación de la finalidad punitiva que, en opinión de algunos, el Derecho de daños está llamado a desempeñar. Muy al contrario, la justificación del recurso a dicho criterio puede hallarse en las insuficiencias valorativas que caracterizan a los perjuicios extrapatrimoniales y que dan lugar a la introducción de fórmulas de valoración del daño atípicas, en cuanto que son ajenas a la propia entidad de éste.

2.2. El criterio del beneficio obtenido por el dañador

Otro criterio de valoración del daño –introducido, esta vez, por vía legislativa– que ha llamado la atención de los autores es el constituido por la toma en consideración del beneficio obtenido por el dañador con ocasión de la conducta dañosa. Se trata de un criterio contenido en ciertas Leyes relativas a la protección de derechos inmateriales, tales como la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad personal y familiar y a la Propia imagen (art. 9.3); la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes (art. 66.2) y la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (art. 43)⁶⁹².

La atención generada por este criterio se explica por el hecho de que constituye una pauta de valoración del daño completamente ajena a la entidad o medida del perjuicio sufrido por el titular del derecho violado, a resultados del cual se llega a prescindir, a la hora de proceder a la fijación de la indemnización oportuna, de la toma en consideración del daño efectivamente causado para poner el acento sobre la persona del dañador y, en concreto, sobre el beneficio económico que éste obtiene como

⁶⁹² El art. 9.3 LO 1/1982 recoge, entre los criterios a tener en cuenta para valorar el perjuicio moral derivado de una intromisión ilegítima en cualquiera de los derechos protegidos por dicha norma, “*el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma*”.

Por su parte, en las Leyes de Patentes y de Marcas el criterio del beneficio se contempla como una de las opciones que se ofrecen al titular del derecho violado para cuantificar el lucro cesante o las ganancias dejadas de obtener. En concreto, se atribuye al titular del derecho la facultad de concretar esa partida del daño sufrido en atención a: a) los beneficios que el titular habría obtenido de la explotación de la invención patentada o del uso de la marca de no mediar la violación; b) los beneficios que haya obtenido el infractor a consecuencia de la violación del derecho o c) el precio que el infractor hubiera debido pagar al titular por la concesión de una licencia que le hubiera permitido llevar a cabo su explotación o utilización conforme a derecho.

consecuencia de la lesión del derecho ajeno. Siendo así, resulta, al menos en principio, comprensible el recelo con que la mayor parte de la doctrina acogió este criterio, porque siendo altamente probable que el beneficio obtenido por el infractor de cualquiera de los derechos protegidos en las Leyes señaladas supere el valor del perjuicio causado a sus titulares, la concesión de una indemnización fijada con arreglo a aquél y al margen de éste puede ser interpretada como reveladora de la persecución de una finalidad punitiva⁶⁹³.

Sin embargo, también este criterio ha sido desvinculado de todo matiz punitivo y reconducido a los estrictos márgenes preventivo-reparadores por medio de una argumentación que se basa en la relación existente entre el Derecho de daños y el Derecho del enriquecimiento injusto. Apelando a dicha relación, se afirma que, con el objetivo de lograr una eficaz prevención o disuasión de las conductas que, infringiendo derechos ajenos y causando perjuicios a los titulares de éstos, benefician en gran medida al sujeto infractor, el legislador ha introducido en ciertos ámbitos una acción de daños singular, en cuanto que la ha dotado de caracteres propios del Derecho del enriquecimiento injusto⁶⁹⁴.

⁶⁹³ Entre los autores que no han valorado positivamente el criterio que nos ocupa, encontramos a ROJO AJURIA, que califica la pauta valorativa introducida por el art. 9.3 de la LO 1/1982 como un "elemento perturbador" y añade que "tal inciso (el último del art. 9.3), como elemento de valoración ajeno al daño causado, (...) puede ser un curioso incentivo para la litigiosidad" (ROJO AJURIA, L., "La tutela civil del derecho a la intimidad", ADC, 1986-I). En sentido similar se pronuncia IGARTUA ARREGUI, para quien "esta pauta es ajena a nuestro sistema de responsabilidad civil" porque una acción de daños debe dirigirse a reparar el perjuicio, no a recuperar el beneficio del infractor y, por ello, "la indemnización no depende de la actuación del dañante. Tampoco de su beneficio. Sí del daño" (IGARTUA ARREGUI, F., "La protección del honor y la intimidad...", *Op. et loc. cit.*, págs. 92 y 93). Para CARRASCO PERERA "la solución legal es técnicamente atormentada" (CARRASCO PERERA, A., "Restitución de provechos (II)", ADC, 1988, pág. 149) y para PANTALEÓN "el párrafo final del art. 9.3 de la Ley Orgánica de 5-V-82 es muy desafortunado", mientras que "el art. 66.2.b de la Ley de Patentes y el art. 38.2.b de la Ley de Marcas merecen ser criticados, desde el punto de vista de la técnica jurídica (...)" (PANTALEÓN PRIETO, F., "Comentario del art. 1902 CC", *Op. et loc. cit.*, pág. 1973).

Finalmente, hay una serie de autores para los que el criterio del beneficio posee rasgos punitivos. Es el caso del italiano GALLO, que considera que cuando se toman en consideración para la determinación del quantum indemnizatorio circunstancias que lógicamente resultan ajenas a la estricta cuantificación o valoración del daño, tales como el enriquecimiento obtenido por el dañador mediante el hecho ilícito, se sale del campo de la responsabilidad civil en sentido estricto para entrar en el de las penas privadas (GALLO, P., *Le pene private*, *Op. cit.*, pág. 86). En la misma línea, *vid.* la autora chilena DOMÍNGUEZ HIDALGO, C. (*El daño moral*, *Op. cit.*, Tomo I, pág. 123) y los españoles YZQUIERDO TOLSADA, M. (*Sistema de responsabilidad civil...*, *Op. cit.*, págs. 178 y 53) y REGLERO CAMPOS, L.F. ("Conceptos generales y elementos de delimitación", *Op. et loc. cit.*, pág. 85), que observan en el criterio que nos ocupa una manifestación del carácter punitivo de la responsabilidad civil.

⁶⁹⁴ Ciertamente, nos hallamos ante dos tipos de acciones, las de responsabilidad civil y las de enriquecimiento sin causa, cuya delimitación no está exenta de dificultades, desde el momento en que en un mismo supuesto de hecho pueden concurrir presupuestos propios de ambas clases de acciones. Sobre esta cuestión, *vid.* BUSTO LAGO, J.M. y PEÑA LÓPEZ, F. ("Enriquecimiento injusto y responsabilidad civil extracontractual", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n° 1, 1997, págs.

En efecto, a juicio de los autores que defienden esta argumentación, el beneficio que usualmente obtiene el sujeto que viola alguno de los derechos protegidos por las Leyes señaladas (el derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen, así como el derecho de explotación de una patente o de utilización de una marca) constituye un enriquecimiento sin causa encuadrable, según la sistematización efectuada por DÍEZ-PICAZO, en la categoría de la *condictio* por intromisión, comprensiva de aquellas hipótesis en las que “a una persona le afluyen valores patrimoniales que no le corresponden porque han sido obtenidos mediante una invasión indebida, aunque no sea culposa de bienes ajenos”⁶⁹⁵. Sin embargo, desde el momento en que los arts. 9.3 LO 1/1982, 66.2 LP y 43 LM ordenan atender, para cuantificar la indemnización debida al perjudicado, al beneficio obtenido por el dañador, en lugar de centrar su atención sobre el empobrecimiento sufrido por el titular del derecho o sobre el llamado «módulo reparatorio del ahorro de gastos», criterios ambos característicos de la acción de enriquecimiento, no se puede afirmar que nos encontremos ante una genuina acción de tal clase⁶⁹⁶. Y del mismo modo, en la medida en que el beneficio obtenido por el

146 y 147); ROVIRA SUEIRO, M.E. (*La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, Op. cit., pág. 252) y DÍEZ-PICAZO, L. (*Derecho de daños*, Op. cit., págs. 48-56).

⁶⁹⁵ DÍEZ-PICAZO, L., “La doctrina del enriquecimiento injustificado”, en DE LA CÁMARA y DÍEZ-PICAZO, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Edit. Civitas, Madrid, 1988, pág. 116.

⁶⁹⁶ La acción de enriquecimiento se orienta, según la doctrina y jurisprudencia tradicionales, a restituir al titular del derecho violado el montante al que asciende el empobrecimiento por él soportado, que no tiene porqué coincidir necesariamente con el beneficio obtenido por quien injustamente se ha enriquecido. Es cierto, no obstante, que la acción de enriquecimiento sin causa ha sido objeto de una importante evolución, a consecuencia de la cual se prescinde de la necesaria causación efectiva de un empobrecimiento en el patrimonio del titular del bien o derecho y se postula, en cambio, la obligación de restituir los gastos que el enriquecido hubiera tenido que soportar de haberse visto obligado a pagar por la autorización del titular. Sin embargo, tampoco este criterio, conocido como «módulo reparatorio del ahorro de gastos», suele coincidir con la cuantía del beneficio obtenido por el infractor, que es el contemplado por las disposiciones comentadas.

Sobre la superación del empobrecimiento del titular del bien o derecho y la introducción del criterio del «ahorro de gastos» en el ámbito de la acción de enriquecimiento, vid. ALVAREZ-CAPEROCHIPI, J.A., *El enriquecimiento sin causa*, 3ª ed., Edit. Comares, Granada, 1993, págs. 86-89.

Incluso, si se entiende —como modernamente se hace— que la consecuencia que deriva de la acción de enriquecimiento es la obligación de restituir el montante al que asciende el enriquecimiento, independientemente de cuál sea la cuantía del empobrecimiento causado, es posible seguir manteniendo la opinión de que las acciones diseñadas por el legislador a través del criterio que atiende al beneficio obtenido por el infractor del derecho es una acción de daños y no una acción de enriquecimiento. Así lo entiende GUILARTE GUTIÉRREZ, que considera que “aplicando esta nueva formulación de los límites del enriquecimiento sin causa al derecho de daños (...) si bien la medida de la indemnización debe estar relacionada con el empobrecimiento del dañado (idea del resarcimiento integral) cuando la actividad que origina el perjuicio ajeno (...) resulte in concreto beneficiosa para el agente del daño, creo adecuada la superación de los cauces del resarcimiento integral, (...) de forma tal que se haga al dañado partícipe de los efectos beneficiosos obtenidos por el causante del acto ilícito” (GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “La superación del empobrecimiento de la víctima como medida indemnizatoria frente a la responsabilidad extracontractual”, RDP, diciembre 1991, pág. 1032). También lo entienden así,

dañador no coincide necesariamente con el perjuicio por él causado, que es el que la acción de responsabilidad pretende reparar, no resulta tampoco posible hablar de una acción de daños ordinaria.

De lo anterior se deduce que, con el fin de impedir que ciertas personas se beneficien causando daños a terceros y, dada la imposibilidad de recurrir, en tales hipótesis, a otros mecanismos de prevención⁶⁹⁷, el legislador ha querido mantener en los preceptos señalados la estructura y función de una acción de responsabilidad civil extracontractual, aunque potenciada en su aspecto preventivo o disuasorio, para lo cual ha recurrido al Derecho del enriquecimiento injusto, que hace posible la toma en consideración del beneficio obtenido por el infractor a los efectos de la valoración del perjuicio. Por tanto, lo que se pretende con una acción así configurada es que la lesión de derechos y la consiguiente producción de perjuicios no compense porque, de esa forma, se reducirán al máximo los incentivos que mueven a la actuación ilícita en los ámbitos en los que dicha acción se ha previsto, disminuyendo, al tiempo, los perjuicios derivados de actuaciones de ese tipo. De este modo, cimentada la explicación del criterio expuesto en un reforzamiento de la función preventiva de la responsabilidad civil extracontractual, quedarían privadas de justificación las tesis que advierten en él un indicio de castigo o punición⁶⁹⁸.

justificando su opinión con base en la función preventiva de la responsabilidad aquiliana, BUSTO LAGO y PEÑA LÓPEZ, para quienes *"preceptos como el art. 9.3 confirman que tal fin puede, en ocasiones, elevar la indemnización más allá de lo que se derivaría de un derecho de la responsabilidad civil meramente reparador"* (BUSTO LAGO, J.M. y PEÑA LÓPEZ, F., "Enriquecimiento injusto y responsabilidad civil extracontractual", *Op. et loc. cit.*, pág. 157).

⁶⁹⁷ Esa imposibilidad es puesta de manifiesto por ciertos autores que estudian el art. 9.3 de la LO 1/1982. Destacan, en este sentido, las afirmaciones de PACE, conforme a las cuales *"es razonable sostener que condenar a la empresa radiotelevisiva o editorial exclusivamente al resarcimiento de los daños sufridos por el actor, tomando como parámetro la situación personal del perjudicado, no constituye de por sí —ni puede constituir—, en último extremo, un eficaz refreno de comportamientos ilícitos similares por parte del propio medio, dado que el «coste» de la condena se compensa por regla general con el «beneficio» de las mayores entradas publicitarias que recibe dicha empresa como consecuencia de similares programas televisivos y servicios periodísticos"* (PACE, A., "El derecho a la propia imagen en la sociedad de los mass media", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 52, 1998).

En sentido similar se pronuncia PINTOS AGER al afirmar que *"La ausencia razonable de otros mecanismos alternativos de prevención/disuasión convierte a la responsabilidad civil del autor de dichos actos de disposición en el único remedio cabal para prevenir en el futuro conductas similares, enviando señales a los autores potenciales que busquen enriquecerse entrometiéndose en el honor y/o la intimidad ajenos"* (PINTOS AGER, J., "Causación de un daño y obtención de un beneficio: la STC, 2ª, 115/2000, de 5 de mayo, y sus secuelas. En particular, la STS, 1ª, de 5 de noviembre de 2001", en SALVADOR CODERCH, P. y GÓMEZ POMAR, F. (Editores), *Libertad de expresión y conflicto institucional*, Edit. Civitas, Madrid, 2002, pág. 113).

⁶⁹⁸ Con carácter general, GUILARTE GUTIÉRREZ justifica las hipótesis de sobreestimación de las indemnizaciones con base en la potenciación de la función preventiva que tiene atribuido el sistema de

Aun cuando la explicación anterior ha sido acogida, incluso, por nuestros Tribunales⁶⁹⁹, creemos que sería conveniente precisar que si bien solamente ella es apta para rechazar la tesis punitiva cuando se trata de enjuiciar el criterio del beneficio con relación a su introducción en las Leyes de Patentes y de Marcas, no sucede lo mismo cuando dicho criterio se aprecia desde la perspectiva del art. 9.3 de la LO 1/1982.

Respecto de esta última norma, la idea de la punición podría ser descartada, a nuestro juicio, sin necesidad de recurrir a la relación entre el Derecho de daños y el Derecho del enriquecimiento. Bastaría, en nuestra opinión, con observar con atención el

responsabilidad civil (GUILARTE GUTIÉRREZ, V., "La superación del empobrecimiento...", *Op. et loc. cit.*, pág. 1037).

Concretando sus conclusiones al ámbito de las normas que contemplan el criterio del beneficio obtenido por el dañador como pauta valorativa de la cuantía indemnizatoria, son varios los autores que aceptan la explicación ofrecida en el texto –basada en un reforzamiento de la función preventiva o disuasoria de la responsabilidad extracontractual– para justificar su introducción legislativa. Así, podemos citar en tal sentido a MARTÍN CASALS, para quien "la idea que late en el fondo de la valoración del beneficio obtenido es la de que no puede resultar más barato la utilización ilícita de un derecho ajeno que su uso legítimo", pues de lo que se trata es de que "quede patente, (...), que la comisión de ilícitos civiles no compensa" (MARTÍN CASALS, M., "Notas sobre la indemnización del daño moral...", *Op. et loc. cit.*, págs. 1272 y 1273). En sentido similar se pronuncian BUSTO LAGO y PEÑA LÓPEZ, que, viendo en el art. 9.3 LO 1/1982 una manifestación de la finalidad preventiva del Derecho de daños, no dudan en afirmar que "sólo de esta manera (teniendo en cuenta el beneficio obtenido por el infractor) (...) se conseguiría una plena satisfacción de la función preventiva atribuida al precepto" (BUSTO LAGO, J.M. y PEÑA LÓPEZ, F., "Enriquecimiento injusto y responsabilidad civil extracontractual", *Op. et loc. cit.*, pág. 157). También ROVIRA SUEIRO alude a la función preventiva de la responsabilidad civil para justificar la idoneidad del art. 9.3 (ROVIRA SUEIRO, M.E., *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, *Op. cit.*, pág. 251), al igual que vuelve a hacer PEÑA LÓPEZ en una obra posterior (PEÑA LÓPEZ, F., *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, *Op. cit.*, págs. 230-232). Ahora bien, la afirmación más rotunda en esta línea ha sido la efectuada por PINTOS AGER, que llega a proclamar, sin ambages, que nos movemos "en uno de los ámbitos en los que el papel preventivo de la responsabilidad civil es tanto o más importante que el compensatorio" (PINTOS AGER, J., "Causación de un daño y obtención de un beneficio...", *Op. et loc. cit.*, pág. 115).

⁶⁹⁹ Muestra de esta afirmación es la STS (Sala 1ª) de 7 de diciembre de 1995 (R.J.A. 9268) que recurre a la relación entre el Derecho de daños y el Derecho del enriquecimiento injusto para descartar la persecución de una finalidad punitiva por las normas de responsabilidad civil extracontractual. La sentencia citada se pronuncia en los siguientes términos: "hay otra circunstancia, también mencionada en el apartado 3 del artículo 9 de la repetida Ley, a la que ha de concederse también una significativa relevancia, y es la del beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma. Sin que ello suponga un acogimiento de la tesis, mantenida por una parte importante de la doctrina, que propende a la concesión de indemnizaciones ejemplares, que actúen de manera disuasoria, evitando que alguna clase de revistas y diarios ofrezcan sistemáticamente reportajes de carácter sensacionalista, aunque con ello se produzcan eventuales intromisiones en el honor o la intimidad de las personas afectadas (...) no cabe duda que debe otorgarse la debida relevancia, como ordena la Ley, al citado beneficio, impidiendo, mediante la concesión de una adecuada indemnización, que la empresa editorial que incurrió en la intromisión ilegítima, obtenga, aun después del abono de la misma, un beneficio económico que, independientemente de que pueda alentarle o no en el futuro a seguir la misma línea de conducta, factor este que no puede ser tenido en cuenta, toda vez que la indemnización acordada carece de carácter sancionatorio, sino simplemente reparador del daño moral ocasionado, evite la consecución por parte del infractor de un enriquecimiento injusto, al que priva de título la ilicitud, siquiera sea civil, de la intromisión efectuada".

propio precepto para extraer de él dos conclusiones que han sido desatendidas o ignoradas por la mayoría de los autores⁷⁰⁰:

1ª) El criterio en cuestión no se introduce en el art. 9.3 de la LO 1/1982 de manera aislada, sino que aparece enumerado entre una serie de circunstancias a las que se ordena atender para valorar el perjuicio moral sufrido por el titular del derecho. No se trata, por tanto, de cifrar la indemnización pertinente en el importe del beneficio obtenido por el dañador, sino de tenerlo en cuenta a efectos de cuantificarla, del mismo modo que se debe atender, por mandato de la norma, a las circunstancias del caso, a la gravedad de la lesión y a la difusión o audiencia del medio empleado⁷⁰¹. En definitiva, lo que el art. 9.3 pretende es dotar a los aplicadores del Derecho de pautas de valoración homogéneas para calcular las indemnizaciones debidas por el daño moral derivado de lesiones al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

2ª) Aun cuando la suma indemnizatoria se hiciese equivaler a la cuantía del beneficio obtenido por el infractor, sería sumamente difícil, por no decir imposible, atribuir a la indemnización así calculada una función de pena privada. La razón estriba en que, para ello, sería necesario gravar al dañador con la obligación de entregar al perjudicado un importe superior al valor del daño por él soportado. Sin embargo, tratándose de un daño moral que, por afectar a bienes o derechos carentes de mercado, se caracteriza por la imposibilidad de ser traducido en un equivalente pecuniario, resulta

⁷⁰⁰ La desatención del contenido del precepto se hace patente si se tiene en cuenta que el argumento que pone en relación el Derecho de daños y el Derecho del enriquecimiento sin causa se ha construido fundamentalmente al hilo del análisis del art. 9.3 LO 1/1982, más que en atención al resto de las normas en que el criterio del beneficio es igualmente acogido.

⁷⁰¹ Así de desprende de la distinción efectuada por GUILARTE GUTIÉRREZ. Este autor diferencia dos maneras diversas de tomar en consideración en la cuantificación de la indemnización el beneficio obtenido por el dañador: "una primera consiste en valorar el enriquecimiento del agente como un elemento más que entre en juego a la hora de precisar el cálculo de la indemnización. Así lo hace, por ejemplo el artículo 9 de la LO 1/1982, de 5 de mayo. Otra fórmula, acogida (...) por el artículo 38.2 de la Ley de Marcas (se refiere a la Ley de Marcas anterior de 10 de noviembre de 1988), consiste en permitir al perjudicado que opte por la cifra indemnizatoria que resulte mayor entre el daño realmente sufrido o el beneficio obtenido por el causante del acto ilícito" (GUILARTE GUTIÉRREZ, V., "La superación del empobrecimiento...", *Op. et loc. cit.*, pág. 1031). También YZQUIERDO observa esta realidad y señala que el art. 9.3 no identifica la indemnización con el beneficio obtenido por el infractor, aun cuando equivocadamente lo haya entendido así alguna sentencia, sino que simplemente ordena tener en cuenta ese beneficio (YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil...*, *Op. cit.*, pág. 53, nota nº 63).

inviabile determinar si la suma fijada en concepto de indemnización excede o no el montante del perjuicio⁷⁰².

Por el contrario, en las Leyes de Patentes y de Marcas el criterio del beneficio se introduce como una de las alternativas que se ofrecen al perjudicado para cuantificar el lucro cesante. La consecuencia de la aplicación de ese criterio, en los casos en que el perjudicado opte por él, es que la indemnización dirigida a la reparación de dicho daño se hace equivaler a la cuantía del beneficio obtenido por el infractor. Ahora bien, en la medida en que estamos ante un perjuicio patrimonial, cuantificable en dinero conforme a criterios objetivos o de mercado, se podría razonablemente concluir, desde la perspectiva del perjudicado⁷⁰³, que en las hipótesis en las que el beneficio obtenido por el dañador —y conforme al cual se ha fijado la indemnización— supera el importe efectivo del daño entra en juego un fin punitivo que rebasa la estricta función reparadora de la responsabilidad aquiliana. Ante esta conclusión, la única forma de reconducir la indemnización a sus tradicionales límites preventivo-reparadores es echar mano de la explicación anteriormente expuesta⁷⁰⁴.

⁷⁰² Esta nota es destacada por PINTOS cuando afirma: “en el caso que nos ocupa, dado que lo que sufre la víctima es un daño exclusivamente moral —ni siquiera derivado de uno físico—, conviene especialmente fijar el quantum indemnizatorio por referencia al lucro obtenido por el demandado, porque valorar directamente en € el daño experimentado por el actor deviene harto complicado (...)”. Y añade a continuación este autor, resaltando la finalidad preventiva o disuasoria del criterio considerado que “aun en el heroico supuesto que se acertase con el valor capaz de compensar a la víctima, no tendríamos la garantía de estar enviando señales suficientes para desincentivar a potenciales vendedores de intimidad robada, valiosa en el mercado” (PINTOS AGER, J., “Causación de un daño y obtención de un beneficio...”, *Op. et loc. cit.*, pág. 114).

⁷⁰³ Desde el punto de vista del dañador, el fin punitivo que supondría la entrega al perjudicado del beneficio obtenido a resultas del hecho ilícito cuando dicho beneficio o ventaja excede el valor del daño causado podría apreciarse de forma más limitada, en la medida en que al agente se le hace responder de lo obtenido ilícitamente, pero no de más. Es decir, se le impide hacerse con un enriquecimiento patrimonial a todas luces injusto, pero no se le causa empobrecimiento alguno.

⁷⁰⁴ Una explicación diferente, pero igualmente dirigida a contener la acción de daños en sus tradicionales márgenes reparadores, es la aportada por BASOZABAL. Este autor, analizando las Leyes de Patentes y de Marcas, interpreta los criterios del beneficio del infractor y de la licencia hipotética desde una perspectiva indemnizatoria que le lleva a concluir que dichos criterios constituyen presunciones del daño sufrido por el titular del derecho violado. Así, el primero de los criterios vendría a constituir, según este autor, una presunción *iuris tantum* del daño sufrido por el titular, siempre que éste pruebe que hubiera explotado por sí la patente o la marca, mientras que el segundo, concretado en el importe de la licencia que el infractor hubiera debido pagar para explotar legítimamente el derecho, sería una presunción *iuris tantum* del daño sufrido por su titular, siempre que se pruebe que este último tenía la intención de ceder su derecho a cambio de un precio. Con esta interpretación el autor deja la puerta abierta al ejercicio de la acción de enriquecimiento, que con la interpretación acogida en el texto, resultaba vedada (BASOZABAL, X., “Método triple de computo del daño: la indemnización del lucro cesante en las leyes de protección industrial e intelectual”, *ADC*, 1997-III, págs. 1297 y 1298). Se trata de una explicación que, a mi juicio, resulta demasiado forzada porque califica como presunciones legales lo que las Leyes indicadas califican expresamente como simples criterios de valoración del daño.

V. UN CASO ESPECIAL EN LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS NO PATRIMONIALES: LAS INDEMNIZACIONES SIMBÓLICAS

De lo expuesto hasta ahora, ha quedado descartada la concurrencia de toda finalidad punitiva de la responsabilidad civil extracontractual en relación con los perjuicios extrapatrimoniales. En efecto, tanto el análisis del criterio jurisprudencial consistente en la toma en consideración del grado de culpa del agente como el estudio del criterio legislativo que atiende, para fijar la reparación debida por daños al honor, a la intimidad y a la propia imagen, al beneficio obtenido por el causante del daño con ocasión del hecho ilícito nos han llevado a negar la persecución por parte del Derecho de daños de una punición o castigo al sujeto responsable. Por tanto, el resarcimiento de los daños extrapatrimoniales tiene por objetivo lograr la reparación del perjuicio causado, colocando al perjudicado en una situación lo más parecida posible a la que estaría en ausencia del evento dañoso, ya sea proporcionándole las mismas utilidades de las que se vio privado a causa del daño, ya concediéndole una utilidad distinta (dinero). En este último caso y debido a la ausencia de estimabilidad pecuniaria de los daños morales, el dinero no puede cumplir aquí su típica función de equivalencia, sino que desempeña una función de compensación, entendida en el sentido de que la suma pecuniaria que se entrega al dañado ha de permitirle procurarse satisfacciones que le sirvan de compensación o contrapeso al daño sufrido. De este modo, el perjudicado podrá emplear el dinero recibido como reparación del modo que más le convenga.

Sin embargo, lo anterior no impide considerar que la reparación de los daños y perjuicios extrapatrimoniales pueda asumir, al mismo tiempo, una función preventiva, que deriva ya de su propio carácter de sanción, como tal desfavorable, que el Ordenamiento jurídico vincula a la realización de ciertas conductas indeseables.

Ahora bien, al tiempo que afirmamos lo anterior no podemos dejar de reconocer el desconcierto o la perplejidad que nos provocan ciertos pronunciamientos jurisprudenciales relativos a daños no patrimoniales que se caracterizan por la ínfima cuantía en que se concretan las indemnizaciones que conceden y cuya explicación con base exclusiva en el fin reparador puede parecer demasiado forzada. Nos referimos a ciertos pronunciamientos emanados de la Sala de lo Civil de nuestro Tribunal Supremo en los que en concepto de reparación de daños no patrimoniales se conceden

indemnizaciones simbólicas y en los que la finalidad compensatoria de la indemnización fijada parece desvirtuada o, incluso, inexistente.

La primera de las sentencias, relativa a un supuesto de atentado al honor de un médico ginecólogo por medio de una misiva enviada por un particular a la sección de «cartas» de un conocido periódico, data del 23 de febrero de 1989⁷⁰⁵. En ella se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante con base en dos motivos. El segundo, que es el que nos interesa a los efectos del tema que nos ocupa, denuncia la infracción del art. 9.2 y 3 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, impugnando la cuantía de la indemnización concedida por el juez *a quo* (una peseta) por considerarla “*insignificante y carente de significación material, moral o jurídica alguna*”. Este motivo no es acogido por el Alto Tribunal, que, no obstante, tras exponer la reiterada doctrina jurisprudencial relativa a que el quantum de la indemnización es una cuestión de hecho que corresponde en exclusiva al juzgador de instancia y, por consiguiente, no revisable en casación, entra a valorar las razones que llevaron a aquél a cuantificar la misma en una peseta, deduciendo de las mismas la corrección de dicha cuantificación⁷⁰⁶.

La segunda de las sentencias aludidas (STS, Sala 1ª, de 14 de diciembre de 1993)⁷⁰⁷ se pronuncia en un sentido totalmente contrario a la anterior. En este caso, el Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, pero desestimó el pedimento de los actores consistente en solicitar la imposición a la demandada de la condena al pago, en concepto de indemnización por el daño moral derivado de la infracción del derecho moral de autor, de una peseta a cada uno de los demandantes (en total, seis pesetas). El fallo del Juzgado fue confirmado por la Audiencia Provincial y, presentándose por los actores recurso de casación ante el Tribunal Supremo en el que vuelven a solicitar la condena al pago de dicha cantidad, el Alto Tribunal desestima el pedimento, alegando, en el F.J. 2º, “*la falta de causa o interés jurídicamente relevante del asunto litigioso, que no puede consistir en la reclamación de seis pesetas de indemnización*”, así como que “*los órganos de la jurisdicción, (...), tampoco están instituidos para imponer*

⁷⁰⁵ R.J.A. 1250.

⁷⁰⁶ Esas razones a las que alude son las siguientes (F.J. 5º): 1ª) que el causante directo de la intromisión ilegítima no obtuvo ningún beneficio derivado de ella, siendo dudoso que lo obtuviera la empresa editorial; 2ª) que no se produjo menoscabo del prestigio y reputación profesional del actor, puesto que era conocida públicamente su postura favorable al aborto y la práctica del mismo por su parte y 3ª) no se ha acreditado la concurrencia de especiales circunstancias que determinen una valoración del daño moral.

⁷⁰⁷ (R.J.A. 9886).

condenas simbólicas sin otra eficacia real que la de dar respuesta a sentimientos que por muy legítimos que sean, escapan de la órbita de lo jurídico”.

Una tercera sentencia, menos relevante, tiene fecha de 31 de diciembre de 1993⁷⁰⁸ y en ella la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo acepta tácitamente la condena simbólica a una peseta impuesta por el Juzgado de Primera Instancia y confirmada por la Audiencia Provincial. Decimos que es menos relevante porque el Tribunal Supremo no vierte ninguna consideración sobre el particular, ya que en el recurso de casación, interpuesto por el demandado, no se dedujo motivo alguno referente a tal extremo.

Ante la existencia de este tipo de condenas pecuniarias y, aun cuando las mismas tengan carácter excepcional, surge inevitablemente la cuestión relativa a la posible función que desempeñan. No parece que por medio de las mismas se pretenda una acentuación de la función preventiva, ya que difícilmente disuadirá de la realización de conductas similares la condena al pago de una suma tan insignificante. Lo mismo cabe decir respecto de la finalidad sancionadora o punitiva, puesto que mínimo, por no decir nulo, será el efecto sancionador que para el dañador pueda derivarse de la condena a una suma de dinero abiertamente irrisoria⁷⁰⁹. Por tanto, descartadas estas dos posibles funciones de las denominadas «indemnizaciones simbólicas», hemos de fijar nuestra atención en otras posibles finalidades:

a) **Compensación:** Podríamos pensar que tales condenas pecuniarias se dirigen, al igual que cualquier otra indemnización por daños no patrimoniales, a compensar al perjudicado por el daño moral sufrido a consecuencia de la conducta del responsable. Sin embargo, teniendo en cuenta el significado que hemos atribuido a la idea de compensación en el marco de los daños morales resulta difícil pensar que una cantidad tan exigua sea apta para permitir al dañado la obtención de las satisfacciones precisas para contrarrestar el perjuicio sufrido, al margen de que la propia condena en sí misma considerada pueda operar a modo de satisfacción moral para el perjudicado. Y este razonamiento es aplicable, tanto en el supuesto en que sea el juez quien fije como indemnización una suma simbólica frente a la petición realizada por el demandante

⁷⁰⁸ R.J.A. 9918.

⁷⁰⁹ Se exceptúan de las afirmaciones vertidas a aquellos supuestos en los cuales la propia condena puede cumplir por sí misma, al margen de la cuantía en que se concreta y en un plano estrictamente psicológico, las funciones señaladas (preventiva y punitiva).

consistente en la obtención de una indemnización de cuantía mayor o, incluso, de cuantía indeterminada; como en la hipótesis en la que sea el propio actor quien solicite aquella suma simbólica, limitando con ello y con base en el principio procesal de congruencia que rige las relaciones entre demanda y sentencia, la discrecionalidad judicial.

b) Reconocimiento de derechos⁷¹⁰: Conforme a esta finalidad, lo que el actor perseguiría mediante el ejercicio de la acción de daños y perjuicios y, por ende, mediante la solicitud de la indemnización simbólica sería obtener el reconocimiento judicial del derecho o interés que ha sido dañado a resultas de la conducta del responsable.

Estaríamos, a juicio de los autores partidarios de esta función, ante una figura asimilable a los *nominal damages* del Derecho anglosajón. Con esta expresión se hace referencia, en el ámbito del *Common Law*, a aquella “suma pecuniaria insignificante que se concede al litigante que ha sido objeto de un ilícito civil y no ha probado tener derecho a una indemnización compensatoria”⁷¹¹. De acuerdo con ello, podrán concederse *nominal damages*, en los sistemas jurídicos angloamericanos, en aquellas hipótesis en las que un derecho o interés del actor ha sido infringido y, sin embargo, su titular no ha sufrido daño alguno. Son supuestos en los que el ilícito es accionable *per se*, de modo tal que el daño o perjuicio no constituye una parte esencial de la acción⁷¹².

Sin embargo, no debemos olvidar que el sistema español de responsabilidad civil extracontractual no puede prescindir del elemento daño, por lo que en ausencia de éste

⁷¹⁰ Se muestran en contra de la introducción de esta función en el ámbito del Derecho de daños MARTÍN CASALS, M., “Notas sobre la indemnización del daño moral...”, *Op. et loc. cit.*, pág. 1264-1265 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad...*, *Op. cit.*, pág. 163, si bien este último afirma que su introducción en la práctica mueve a la reflexión.

En cambio, no descartan la inclusión de esa función de reconocimiento de derechos CARRASCO PERERA, A., “Comentario sentencia de 14 de diciembre de 1993”, *CCJC*, n° 33, 1993, pág. 1111 ó DOMÍNGUEZ HIDALGO, C., *El daño moral*, *Op. cit.*, Tomo I, pág. 129-130.

⁷¹¹ Ésa es la definición que de los *nominal damages* recoge MARTÍN CASALS, M., en “Notas sobre la indemnización del daño moral...”, *Op. et loc. cit.*, pág. 1249.

⁷¹² Así se desprende de todas las definiciones de los *nominal damages* formuladas por los autores anglosajones. *Vid.* al respecto y a modo de ejemplo: ROGERS, W.V.H., *Winfield and Jolowicz on tort*, Fourteenth Edition, Edit. Sweet & Maxwell, London, 1994, pág. 635; STANTON, K.M., *The modern law of tort*, Edit. Sweet & Maxwell, London, 1994, pág. 148 y BAKER, C.D., *Tort*, Sixth Edition, Edit. Sweet & Maxwell, London, 1996, pág. 429-430.

no surgirá aquella y no habrá, en consecuencia, lugar a indemnización, ni siquiera simbólica.

Por otro lado, en el ámbito de nuestro sistema jurídico, una indemnización simbólica como la concedida en los casos que nos ocupan no es el cauce adecuado para la afirmación de derechos. Esa función se puede cumplir en nuestro Ordenamiento a través de otros cauces más adecuados, en concreto, a través de la acción declarativa. Pero, incluso sin recurrir a ésta, en los casos que estamos contemplando, tal afirmación de derechos a favor del demandante tiene ya lugar con la imposición al demandado de la obligación de proceder a la reparación en forma específica del daño moral causado, consistente en el primero y en el último de los pronunciamientos en la publicación de la sentencia recaída y en el segundo, en la aceptación por parte de la demandada de la condición de autor del padre fallecido de los demandantes.

Visto lo anterior, parece que ninguna de las funciones señaladas encaja con las indemnizaciones simbólicas, lo que hace que su concesión por parte de los Tribunales genere confusión⁷¹³. A nuestro juicio, la cuestión ha de plantearse desde una perspectiva concreta: Si queremos analizar el fundamento de las indemnizaciones simbólicas en cuanto derivadas de la responsabilidad civil extracontractual, se hace preciso ponerlas en relación con los requisitos de esta institución y, en concreto, con el elemento daño, en tanto que el mismo constituye el presupuesto *sine qua non* para el nacimiento de la misma. Desde esta perspectiva, siempre que sea posible probar que de la conducta del responsable ha surgido un daño para el titular del derecho o interés lesionado, nacerá a cargo de aquél la obligación de repararlo. Por contra, en ausencia de prueba del daño, no habrá lugar a reparación, por mucho que la conducta del tercero haya sido antijurídica.

Así las cosas, en el caso que se haya concretado un daño, la reparación del mismo puede llevarse a cabo, como sabemos, de dos modos diferentes: en forma específica o por equivalente. Esta afirmación es aplicable a todo tipo de daños, incluidos los morales. De este modo, cuando sea posible y suficiente la reparación en forma

⁷¹³ Así lo pone de manifiesto CARRASCO PERERA cuando señala, en relación con la STS de 23 de febrero de 1989, que existe confusión en el extremo relativo a saber si la indemnización simbólica se concede: 1º) ante la imposibilidad de demostrar un daño moral cuantificable; 2º) por inferirse que no ha existido intromisión en el honor o 3º) por considerar que de las pruebas aportadas se deduce que el daño no asciende a más de una peseta. (CARRASCO PERERA, A., "Comentario sentencia de 14 de diciembre de 1993", *Op. et loc. cit.*, pág. 1107).

específica o *in natura* del perjuicio moral sufrido, no será necesario acudir a la indemnización pecuniaria. Por el contrario, cuando aquélla no sea posible o resulte excesivamente onerosa, deberá acudirse a la reparación por equivalente; e, incluso, cuando la reparación *in natura*, aun siendo posible y apta para equilibrar los intereses de las partes, resulte insuficiente, deberá completarse con la indemnización que se estime procedente.

Pues bien, en los casos enjuiciados no parece que la indemnización de una peseta a favor del dañado vaya a completar en algo a la reparación específica, del mismo modo que por sí sola tampoco sería suficiente para reparar el perjuicio causado. La única manera de admitir las indemnizaciones simbólicas atribuyéndoles una finalidad reparadora sería la de entender que el daño causado equivale a esa cantidad en que se concreta la indemnización. Sin embargo, aun siendo conscientes de la dificultad que entraña la traducción de los daños morales a términos económicos, nos resulta difícil admitir que esa ínfima cantidad pueda cumplir la finalidad compensatoria que como tal indemnización le corresponde⁷¹⁴.

Así pues, si las indemnizaciones simbólicas no cumplen una finalidad compensatoria ni una función de reconocimiento de derechos, ¿cuál será su razón de ser?

Teniendo en cuenta que en las dos hipótesis en que los Tribunales concedieron tales indemnizaciones ordenaron igualmente la publicación de la sentencia condenatoria, medida que integra sin lugar a dudas una forma de reparación específica del daño, entendemos que la concesión de las mismas responde única y simplemente al hábito de proceder a la reparación de los perjuicios morales por medio de indemnizaciones pecuniarias, hábito que se deriva del hecho de que en la mayor parte de los casos en que tales daños concurren, su reparación en forma específica es inviable o insuficiente. Pero en los supuestos resueltos por las SSTs de 23 de febrero de 1989 y de 31 de diciembre de 1993 esta última forma de reparación es suficiente y, sin embargo, en lugar de

⁷¹⁴ En relación con lo que acabamos de afirmar ha señalado MARTÍN CASALS que "la «indemnización» simbólica o nummo uno no es propiamente una indemnización, de un modo parecido a como la venta nummo uno no es venta sino donación". (MARTÍN CASALS, M., "Notas sobre la indemnización del daño moral...", *Op. et loc. cit.*, pág. 1265)

prescindir de la reparación por equivalente, el órgano judicial la fija en una cantidad carente de toda relevancia, cantidad que es confirmada por el Tribunal Supremo.

Esta intuición acerca de la razón que lleva a los Tribunales a la fijación de indemnizaciones simbólicas y que no es otra, a nuestro juicio, que la creencia de aquéllos en la necesidad de reparar los daños morales en forma pecuniaria, ha resultado confirmada por la STS (Sala 1ª) de 18 de noviembre de 2002⁷¹⁵. En ella, la Audiencia Provincial, cuya sentencia se recurre, aun reconociendo que en la hipótesis tratada *“el perjuicio social, de existir, es mínimo”* y que la declaración de la intromisión ilegítima en el honor del actor constituye *“la reparación real del daño causado y la satisfacción personal del perjudicado”*, llega a afirmar que *“debiendo fijarse una indemnización económica y sin que existan perjuicios objetivamente valorables, se establece la misma, de forma teórica, condenando al demandado a que abone al actor una cantidad de pesetas, setenta y cinco (75 ptas.), que obviamente no representan ni el honor, ni el efecto de la intromisión, sino el hecho de la reparación”*. Argumentos éstos que, pese a su clara contradicción —derivada de la condena a la reparación pecuniaria aun cuando se niega la existencia de daños morales resarcibles en tanto en cuanto los mismos, dado su carácter mínimo, resultan perfectamente reparados o compensados mediante la declaración judicial de la existencia de intromisión ilegítima—, son compartidos por el Tribunal Supremo, salvo en lo que a la cuantía simbólica de la indemnización se refiere. Ante dicha cuantía simbólica, la Sala entiende que *“como no es admisible que se fijen indemnizaciones que el propio Tribunal establece de «forma teórica», (...), casamos y anulamos en este particular la sentencia recurrida, fijando en lugar de la suma indicada la de dos mil euros (2.000) que se estima cantidad no teórica y adecuada al caso”*. Con esta solución adoptada por el Tribunal Supremo entendemos que la situación se agrava todavía más, desde el momento en que la nueva cantidad impuesta por el Tribunal en concepto de indemnización de un daño moral que él mismo califica de mínimo y que entiende reparado por medio de la simple declaración judicial de la intromisión —por tanto, inexistente—, supone un evidente enriquecimiento injusto para el titular del derecho violado, que no podemos más que rechazar.

Distinto es el supuesto en que el propio actor es quien solicita, como única medida reparadora, una indemnización de cuantía simbólica. En estas hipótesis, siempre que se

⁷¹⁵ RJ 10261.

aprecie la existencia de daño, el juez, en principio, debe estimar la demanda y conceder una indemnización que, en ningún caso y en virtud del principio procesal de congruencia, puede exceder de la solicitada por el demandante, planteándose de nuevo la cuestión de la función de la indemnización, que parece dirigirse más, en esos casos, a la afirmación de la existencia de un daño que a la reparación del mismo, salvo que se entienda, con base en que dicha cuantía la ha solicitado el propio perjudicado, que el hecho mismo de la condena del responsable le basta para obtener una satisfacción moral.

En contra de la afirmación precedente se pronuncia, en cambio, la STS de 14 de diciembre de 1993 en la que el Alto Tribunal, aunque desestima la indemnización simbólica por ausencia de daño moral, declara que, incluso, de haber resultado probado el perjuicio, concurre en el caso de autos otra circunstancia *"que, por sí sola, bastaría para rechazar la condena solicitada, esto es, la falta de causa o interés jurídicamente relevante del asunto litigioso, que no puede consistir en la reclamación de seis pesetas de indemnización, por mucha satisfacción moral que tal condena produzca, pues tal satisfacción ya se consigue con el reconocimiento del derecho, (...) los órganos de la jurisdicción, lo mismo que no resuelven sobre cuestiones académicas o disputas doctrinales tampoco están instituidos para imponer condenas simbólicas sin otra eficacia real que la de dar respuesta a sentimientos que por muy legítimos que sean, escapen de la órbita de lo jurídico"*⁷¹⁶.

Frente a este argumento vertido por el Tribunal Supremo señala CARRASCO PERERA que de la circunstancia de que la cuantía solicitada a modo de indemnización sea mínima no se deriva la necesaria carencia de interés jurídicamente relevante ni, consiguientemente, la desestimación de la demanda⁷¹⁷.

⁷¹⁶ En sentido similar al expresado en esta sentencia se pronuncia MARTÍN CASALS, quien considera que si el actor solicita como única medida la concesión de una indemnización simbólica el juez debe desestimar la demanda, pues no parece conveniente que se movilice el aparato de justicia, que implica costes considerables, con el único fin de satisfacer indemnizaciones puramente simbólicas (MARTÍN CASALS, M., "Notas sobre la indemnización del daño moral...", *Op. et loc. cit.*, pág. 1265).

⁷¹⁷ Para apoyar su afirmación señala el citado autor que el control de la concurrencia de interés jurídicamente relevante sólo puede realizarse por medios procesales, entre los que señala tres vías, que vienen reguladas en la LOPJ y en la LEC y que son: 1ª) que la pretensión del actor constituya un abuso de posiciones jurídicas formalmente lícitas; 2ª) el control de la jurisdicción y de la competencia por razón de la cuantía; y 3ª) la regla de imposición de costas (CARRASCO PERERA, A., "Comentario de la sentencia de 14 de diciembre de 1993", *Op. et loc. cit.*, págs. 1111-1113).

Por nuestra parte, estamos de acuerdo con este autor en que la cuantía reclamada no puede determinar la ausencia de interés si se ha probado la causación de un daño jurídicamente relevante. Pero, entonces, admitiendo la concesión de indemnizaciones simbólicas por parte de los Tribunales, no nos queda más remedio que optar por una de estas dos alternativas: a) atribuir al Derecho de daños una función ajena a la que le es propia, pues si no cumple un fin compensatorio, el cual ha quedado descartado por las razones expuestas, sólo podría cumplir en las hipótesis ahora tratadas —que, recordemos, son aquéllas en las que, concurriendo la prueba de un daño, el demandante perjudicado formula como única petición la imposición al dañador de la obligación de entregarle una indemnización simbólica— un fin de reconocimiento o afirmación de derechos; o b) seguir manteniendo la finalidad reparadora, que se conseguiría, en las hipótesis tratadas, por medio de la satisfacción moral que se derivaría para el dañado de la propia imposición de la condena, al declarar ésta que el autor del daño obró ilícitamente.

Sólo acogiendo la idea de la satisfacción moral que la condena *per se* puede proporcionar al dañado nos mantendríamos dentro de la finalidad reparadora del Derecho de daños. El único obstáculo que se podría oponer a esta concepción sería que, presentando esta satisfacción moral un fuerte componente subjetivo, sería muy difícil apreciar su concurrencia. Sin embargo, en la medida en que sea el propio actor el que solicite la condena simbólica, será lógico pensar que dicha condena le proporcionará ese tipo de satisfacción⁷¹⁸.

Por ello, de acuerdo con la postura que aquí hemos defendido, nos inclinamos por esta segunda posibilidad, que conlleva el mantenimiento de la tradicional función reparadora de la responsabilidad civil extracontractual en el ámbito de los daños no patrimoniales⁷¹⁹.

⁷¹⁸ Así lo entiende CHARTIER, cuando afirma que si las víctimas "*limitent ainsi leur demande, c'est que ce franc se charge d'une signification qui suffit parfois à effacer le préjudice*" (CHARTIER, Y., *La réparation du préjudice*, Op. cit., pág. 586).

Y, de forma parecida, el italiano BONILINI considera que nadie mejor que el dañado puede valorar si la reparación simbólica es o no adecuada para reparar el perjuicio no patrimonial padecido (BONILINI, G., *Il danno non patrimoniale*, Op. cit., pág. 435).

⁷¹⁹ También parece entenderlo así SALVI, pues señala que "*únicamente la posibilidad de que la finalidad satisfactoria de la tutela se agote en el reconocimiento judicial del daño sufrido permite considerar admisible y vinculante para el juez (...), la demanda dirigida a obtener una reparación pecuniaria simbólica*" (SALVI, C., "Il risarcimento del danno in forma specifica", Op. et loc. cit., pág. 599).

VI. DAÑOS PATRIMONIALES: UN NUEVO EXAMEN DE LA CUESTIÓN TRAS LA PROMULGACIÓN DE LA LEY DE MARCAS DE 7 DE DICIEMBRE DE 2001

La Ley de Marcas 17/2001, de 7 de diciembre, ha incorporado ciertas novedades en la regulación de la indemnización de los daños y perjuicios, sobre todo, económicos derivados de la violación del derecho de marca, algunas de las cuales parecen dirigidas a introducir en ese ámbito específico instrumentos punitivos orientados al castigo del infractor.

En concreto, son dos los aspectos novedosos que pueden llevar a un replanteamiento de las funciones desempeñadas por la responsabilidad civil extracontractual en este ámbito: en primer lugar, la presunción de daño contenida en el apartado 5º del art. 43, en virtud de la cual se atribuye al titular de la marca cuya violación hubiera sido declarada judicialmente, *“en todo caso y sin necesidad de prueba alguna, derecho a percibir en concepto de indemnización de daños y perjuicios el 1 por ciento de la cifra de negocios realizada por el infractor con los productos o servicios ilícitamente marcados”*, sin perjuicio de obtener una indemnización mayor si prueba que los daños sufridos fueron superiores; y, en segundo término, las indemnizaciones coercitivas reguladas en el art. 44 de la Ley, que presentan una enorme relevancia en el marco de un nuevo análisis funcional del Derecho de daños.

1. LA PRESUNCIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE UN DAÑO MÍNIMO (ART. 43.5 LM)

Según la opinión mayoritaria, la razón de ser de la presunción de daño contenida en el art. 43.5 de la LM no es otra que la de facilitar la prueba de los perjuicios ocasionados al titular de la marca en las hipótesis de vulneración de su derecho. El precepto vendría a constituir así una reacción del legislador frente al rigor con que los Tribunales venían exigiendo y valorando la prueba de los daños causados en las hipótesis de infracción del derecho de marca, así como frente a la dificultad que solía entrañar la aportación de la misma⁷²⁰.

⁷²⁰ En tal sentido se pronuncian, entre otros, los mercantilistas SALAS CARCELLER, A., en ALONSO ESPINOSA, F.J. (Coord.), *El nuevo Derecho de marcas (Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de*

A nuestro juicio, sin embargo, no es ése el objetivo que se persigue con el establecimiento de la presunción de daño contenida en la nueva LM. Al contrario, entendemos que la misma, en cuanto supone gravar al infractor, en todo caso, con una obligación indemnizatoria a favor del titular del derecho violado, ha sido acogida por el legislador en atención a su capacidad preventiva de conductas tentatorias contra los derechos de marca y, consiguientemente, con la finalidad de reforzar la protección brindada a tales derechos. Esta es la conclusión que, en nuestra opinión, cabe extraer de las dos observaciones siguientes:

a) La prueba de los daños y perjuicios viene facilitada, en su dimensión cuantitativa, por medio de otros preceptos de la Ley. En concreto, a través de los apartados 3º y 4º del propio art. 43, que regulan, respectivamente, los criterios a tener en cuenta para la fijación de la indemnización y la posibilidad establecida a favor del titular perjudicado de exigir la exhibición de los documentos del responsable cuando sea oportuno a efectos de la cuantificación de aquélla. Por el contrario, con el apartado 5º del citado artículo el legislador no se limita a facilitar al perjudicado la prueba del daño sufrido, sino que establece a su favor una verdadera exoneración de la carga de probar un daño mínimo, que no es otro que el representado por el uno por ciento de la cifra de negocios realizada por el infractor con ocasión de la vulneración del derecho de marca de que el perjudicado es titular.

b) Se trata de una presunción *iuris et de iure*, pues opera "en todo caso y sin necesidad de prueba alguna", por lo que no admite prueba en contrario⁷²¹. Prescinde, en consecuencia, de la efectiva causación de perjuicios al titular del derecho violado, que por el solo hecho de la infracción de su derecho de marca podrá reclamar al infractor la suma en que se concrete el porcentaje fijado en el art. 43.5. No se trata,

Marcas), Edit. Comares, Granada, 2002, pág. 244; GIMENO-BAYÓN COBOS, R. (Coord.), *Derecho de marcas. Estudios sobre la nueva Ley 17/2001, de 7 de diciembre*, Edit. Bosch, Barcelona, 2003, pág. 192 y LOBATO, M., *Comentario a la Ley 17/2001, de Marcas*, Edit. Civitas, Madrid, 2002, pág. 704.

La misma opinión parece sostener el procesalista BELLIDO PENADÉS cuando afirma que la razón de ser del art. 43.5 LM es evidenciar que "todo acto de violación de un derecho de propiedad industrial, incluidas las marcas, produce unos daños reales y efectivos, con independencia de la dificultad que pueda presentar la fijación de su cuantía" [BELLIDO PENADÉS, R., *El proceso civil sobre competencia desleal y propiedad industrial (Aproximación a la incidencia de la LEC de 2000 y de la Ley de Marcas de 2001)*, Edit. Civitas, Madrid, 2002, pág. 179].

⁷²¹ En este sentido, BELLIDO PENADÉS, R., *El proceso civil sobre competencia desleal y propiedad industrial...*, *Op. cit.*, pág. 179.

entonces, de flexibilizar la prueba del daño, sino de reprimir los atentados contra los derechos de marca imponiendo a los infractores de éstos un deber de indemnizar ineludible. No de otro modo puede entenderse el hecho de que el infractor no pueda alegar ni probar la ausencia de daño para exonerarse de dicha obligación indemnizatoria.

Para justificar esta conclusión tal vez convendría resaltar las diferencias que cabe apreciar entre la presunción que nos ocupa y la contenida en el art. 9.3 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, conforme a la cual *“la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral (...)”*. Aunque con relación a esta presunción existen en la doctrina posiciones contrarias en cuanto a su naturaleza y alcance, entendemos que debe acogerse aquella que postula que, dado que nada se opone a la posibilidad de aportar una prueba que la desvirtúe, nos encontramos ante una presunción *iuris tantum*, cuyo alcance se limita, además, al perjuicio moral, pues solamente a éste afectan las dificultades de prueba y cuantificación que pueden justificar el establecimiento de una excepción a la regla general por la cual se exige la aportación de la prueba del daño⁷²².

Frente a las consideraciones vertidas acerca de la presunción de daño contenida en la LO 1/1982⁷²³, hay que decir que las que se derivan de la contemplada en la LM de 2001 son radicalmente distintas. En efecto, esta última no se circunscribe, como aquella, al daño moral, sino que, en la medida en que para concretar una indemnización mínima toma en consideración la cifra de negocios realizada por el infractor, cabe entender que se refiere también o básicamente al perjuicio material y, además, se estructura como una presunción *iuris et de iure*, ya que aunque permite al perjudicado aportar la prueba de daños superiores, impide al infractor exonerarse del deber de indemnizar mediante la demostración de la inexistencia de perjuicios causados al titular del derecho.

⁷²² Sobre esta cuestión *vid.* ROVIRA SUEIRO, M.E. (*La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, *Op. cit.*, págs. 238 a 241) y la doctrina que se cita.

Asimismo, la limitación de la presunción al daño moral, con exclusión del daño patrimonial derivado de la intromisión ilegítima que, en consecuencia, debe ser probado ha resultado confirmada en una muy reciente STS (Sala 1ª) de 25 de noviembre de 2002 (RJ 10274).

⁷²³ *Vid. supra*, en este mismo Capítulo: IV, 2, 2.2 (El criterio del beneficio obtenido por el dañador).

Así las cosas, mientras que la presunción del art. 9.3 de la LO 1/1982 supone una mera inversión de la carga de la prueba, que se justifica sobre la base de las dificultades probatorias que afectan a los perjuicios extrapatrimoniales, la del art. 43.5 de la LM va más allá al exonerar al titular del derecho violado de toda carga probatoria de un perjuicio mínimo, por lo que su fundamento, lejos de hallarse en la concurrencia de especiales dificultades de prueba –que, por otra parte, no suelen proyectarse sobre los daños materiales–, parece que deba radicarse en la búsqueda de un reforzamiento de la tutela de los derechos de marca, reforzamiento que se consigue acentuando, del modo expuesto, la prevención de las conductas atentatorias contra los mismos.

2. LAS INDEMNIZACIONES COERCITIVAS (ART. 44 LM)

Si algo debe ser destacado de la nueva Ley de Marcas de 2001 en materia de indemnización de daños y perjuicios es la introducción, en su art. 44, de las expresamente denominadas «indemnizaciones coercitivas». El precepto, intitulado específicamente de este modo, prescribe que *“cuando se condene a la cesación de los actos de violación de una marca, el Tribunal fijará una indemnización de cuantía determinada no inferior a 600 euros por día transcurrido hasta que se produzca la cesación efectiva de la violación. El importe de esta indemnización y el día a partir del cual surgirá la obligación de indemnizar se fijará en ejecución de sentencia”*.

Esta norma guarda una cierta semejanza con las multas coercitivas reguladas en España por vez primera en la Ley de Defensa de la Competencia de 1989 (art. 11), así como con las establecidas, ya con carácter general, en los arts. 710 y 711 de la LEC. Ahora bien, la LM habla, no de multas, sino de indemnizaciones, por lo que la cuestión que se plantea es si la naturaleza de estas últimas es equiparable o no a la de aquéllas.

La duda expuesta fue planteada ya durante el proceso de tramitación parlamentaria de la Ley por el Sr. Navarrete Merino, Portavoz del Grupo Parlamentario Socialista que, a la vista de que los Anteproyectos de la Ley calificaban tales medidas como «multas coercitivas», aclaró que las mismas no eran tales, sino que, muy al contrario, constituían auténticas indemnizaciones, en la medida en que: a) su montante no va a parar al Erario público, sino al patrimonio del particular perjudicado; b) son renunciables por quien tiene derecho a ellas y c) no son personalistas, es decir, pueden ser satisfechas por una

persona distinta al infractor⁷²⁴. Su observación fue acogida y, como consecuencia de ello, se modificó el título del art. 44, que en el texto definitivo de la Ley se desarrolló bajo el epígrafe de «indemnizaciones coercitivas».

Ahora bien, una vez que se han reconocido las diferencias básicas entre las multas coercitivas de la LDC y de la LEC y las indemnizaciones coercitivas de la LM⁷²⁵, surge una nueva duda por lo que a la finalidad de estas últimas se refiere, pues la simple lectura del art. 44 no basta para precisar si tales indemnizaciones constituyen una medida reparadora o un instrumento punitivo.

A simple vista, la figura comentada parece compartir rasgos característicos tanto de la reparación como de la punición, circunstancia ésta que nos conduce al terreno de las penas privadas. En efecto, al analizar éstas se puso de manifiesto que las mismas constituían una categoría autónoma a medio camino entre la reparación y la pena de Derecho público, circunstancia que obligaba a determinar su presencia en cada caso concreto mediante un análisis de la finalidad perseguida por la sanción respectiva, pues solamente en base a la persecución de una finalidad punitiva cabía individualizar a la pena privada frente a la reparación de daños y perjuicios⁷²⁶.

Así las cosas y dado que los caracteres propios de las penas privadas concurren en las indemnizaciones coercitivas previstas en el art. 44 de la LM, se hace preciso, para conocer su verdadera naturaleza jurídica, determinar si dichas sanciones tienen por objeto reparar el daño o castigar al responsable del mismo.

En este punto, debemos subrayar que, a nuestro juicio, cabe deducir del precepto comentado una serie de argumentos en base a los cuales resulta posible concluir que el

⁷²⁴ Las palabras exactas de este parlamentario con relación a esta cuestión fueron las siguientes: *"esas multas coercitivas (...) no son tales sino, más bien, una indemnización de daños y perjuicios como la copa de un pino. Tan es así, que no va a un erario público sino a un erario particular; tan es así, que podría ser renunciada por quien tiene que recibirla, cosa que no sucede con las multas; y tan es así, que podría ser satisfecha de una manera no personalista, lo que con las multas tampoco sucede"* (Diario de Sesiones del Congreso, núm. 75, de 5 de abril de 2001, pág. 3768).

⁷²⁵ La diferenciación entre multas e indemnizaciones coercitivas se pone de manifiesto en las siguientes obras: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Introducción a las Marcas y otros Signos Distintivos en el Tráfico Económico (Según la legislación vigente, en particular la nueva Ley de Marcas, de 2001, y su Reglamento, de 12 julio 2002, y el Reglamento de la marca comunitaria)*, Edit. Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 165; MANUEL LOBATO, *Comentario a la Ley 17/2001, de Marcas*, Op. cit., pág. 705 y GIMENO-BAYÓN COBOS (Coord.), *Derecho de marcas. Estudios sobre...*, Op. cit., pág. 167.

⁷²⁶ Vid. *supra*, en este mismo Capítulo: IV (El problema de la finalidad punitiva).

fin perseguido por las indemnizaciones coercitivas es, al menos en parte, el punitivo o aflictivo. Al menos en parte —decimos— porque parece que estas indemnizaciones adoptan una naturaleza mixta: por una parte, indemnizatoria, desde el momento en que la cantidad percibida en tal concepto deberá descontarse de la indemnización de daños y perjuicios que posteriormente pueda interesar el titular del derecho violado por los daños causados en el período comprendido por las indemnizaciones coercitivas, aunque si el perjudicado prueba perjuicios superiores a los reparados por éstas, no habrá problema en concederle una nueva indemnización por tales daños; y, por otra parte, las indemnizaciones coercitivas presentan una naturaleza punitiva, porque para percibir dichas indemnizaciones el titular del derecho de marca no tiene que probar daño alguno e, incluso, si el daño sufrido por aquél resulta inferior a la indemnización percibida en dicho concepto, el perjudicado no tendrá que restituir el exceso de indemnización⁷²⁷.

Lo anterior conduce a la posibilidad de afirmar, en estos últimos casos, la pertenencia de tales sanciones a la categoría de las penas privadas. Los argumentos en los que se apoya esta última afirmación son los siguientes:

a) De la propia denominación de la sanción se infiere el objetivo que la misma persigue. Efectivamente, el hecho de que las indemnizaciones previstas en el art. 44 de la LM vengán calificadas o adjetivadas con el término «coercitivas» pone de manifiesto que se dirigen a refrenar o contener las conductas prohibidas por la norma, las cuales se concretan en la vulneración de una obligación de no hacer, que no es otra que la obligación de cesación. Es decir, estas indemnizaciones, al tiempo que tratan de prevenir la realización futura de conductas dañosas, tienen por finalidad castigar al infractor de la marca que, habiendo sido judicialmente compelido a poner fin a su conducta infractora, no lo ha hecho. Se trata, en definitiva, de que la amenaza del castigo le empuje a cesar con su comportamiento ilícito⁷²⁸.

⁷²⁷ Así lo entiende igualmente REGLERO CAMPOS, L.F., "Responsabilidad civil por daños a la propiedad industrial", en REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 1967.

⁷²⁸ Efectivamente, para LOBATO las indemnizaciones coercitivas tienen por objetivo impeler al cumplimiento de una obligación de no hacer, en concreto, de la acción de cesación (MANUEL LOBATO, *Comentario a la Ley 17/2001, de Marcas*, Op. cit., pág. 705) y en el mismo sentido señala A. BERCOVITZ que "esta modalidad de indemnización tiene como finalidad evidente la de hacer cumplir la condena a la cesación bajo la sanción de una indemnización al actor si la cesación no se produce" (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Introducción a las Marcas...*, Op. cit., pág. 165).

b) El hecho de que el legislador haya impuesto al infractor la obligación de satisfacer una indemnización que se fija mediante el establecimiento de una cuantía mínima por cada día transcurrido sin que tenga lugar la cesación de la violación de la marca constituye, a todas luces, un nuevo indicio del fin punitivo que esa sanción persigue⁷²⁹. Ello se debe a que la fijación de cuantías mínimas prescinde absolutamente de la toma en consideración del daño causado en las hipótesis en que dicho perjuicio es inferior a la suma establecida a modo de sanción, haciéndose patente, entonces, que la intención del legislador se orienta al castigo del infractor más que a la reparación de las consecuencias dañosas que derivan de su ilícita actuación. Así lo han entendido algunos de los comentaristas de la LM, que afirman, con relación a las indemnizaciones coercitivas, que *"en aquellos supuestos en los que el daño provocado al titular de la marca sean superiores, nada impide así acogerlo en ejecución, pero la cuantía mínima que deberá fijarse es de 600 euros diarios, por lo que en aquellos casos en los que el daño es menor, cumple una función claramente disuasoria del comportamiento obstruccionista a la efectividad de la sentencia"*⁷³⁰.

c) Tanto el ámbito en el que se han introducido las indemnizaciones coercitivas como el tipo de conducta que se pretende impedir con ellas constituyen nuevos argumentos en los que fundamentar su inclusión en la categoría de las penas privadas.

En efecto, la LM nace con la intención de proteger los derechos que en ella se regulan frente a las conductas infractoras de los mismos, conductas que suelen tener su origen en el ánimo de lucro de sus autores, en cuanto que éstos son sabedores de la posibilidad de obtener con su ilícita actuación un beneficio notablemente superior al daño que causan al titular del derecho. Precisamente, este tipo de supuestos en los que el dañador puede obtener, a través del hecho ilícito, un beneficio mayor que el daño que produce constituye uno de los ámbitos en los que la doctrina suele admitir el recurso a la

⁷²⁹ En esta línea, *vid.* VINEY y JOURDAIN, que consideran la previsión legislativa de indemnizaciones mínimas como una clara manifestación del recurso a la pena privada en el Derecho francés (VINEY, G. y JOURDAIN, P., *Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, *Op. cit.*, pág. 11).

⁷³⁰ GIMENO-BAYÓN COBOS, R. (Coord.), *Derecho de marcas. Estudios sobre...*, *Op. cit.*, pág. 167.

figura de la pena privada, porque en tales hipótesis la simple reparación no es suficiente para inducir al infractor a abstenerse de realizar la conducta dañosa⁷³¹.

Pero es que, además, en las hipótesis tuteladas por las indemnizaciones coercitivas concurre igualmente el requisito que atiende al ánimo subjetivo del dañador y en virtud del cual la imposición de penas privadas se justifica solamente en los supuestos de conductas especialmente reprobables. Efectivamente, para los autores que defienden el empleo de este tipo de sanciones el castigo no encuentra justificación en los casos de actuación meramente negligente, sino sólo en aquéllos en los que concurre una conducta especialmente reprochable, cualificada normalmente por el dolo o la culpa grave de su autor⁷³². Pues bien, a esta exigencia también responden las indemnizaciones coercitivas porque no hay duda de que actúa dolosamente quien, habiendo sido condenado a poner fin a su comportamiento infractor del derecho de marca – y, normalmente, también a indemnizar los daños y perjuicios causados al titular del mismo –, elude el cumplimiento de la orden de cesación y persiste en su conducta dañosa. Ciertamente, en la actuación del sujeto que ignora la obligación de cesación concurren los elementos que integran la

⁷³¹ Son partidarios de recurrir a la pena privada en los supuestos señalados: MOSCATI, E., voz «Pena (Diritto privato)», *Op. et loc. cit.*, pág. 781; CENDON, P., «Responsabilità civile e pena privata», en AA.VV., *Le pene private*, *Op. cit.*, págs. 298; TUNC, que alude expresamente a la idoneidad de la pena privada en los casos de competencia desleal y de violación de los derechos de propiedad industrial (patentes, marcas,...) (TUNC, A., «La pena privata nel Diritto francese», en AA.VV., *Le pene private*, *Op. cit.*, pág. 361); GALLO, P., *Pene private e responsabilità civile*, *Op. cit.*, pág. 18 y CARVAL, S., *La responsabilità civile dans sa fonction de peine privée*, *Op. cit.*, págs. 121 y ss. Esta última autora analiza el Derecho de la competencia desleal, poniendo como ejemplo de los actos desleales las violaciones de derechos de patente y de marca, para concluir que, en la práctica, la responsabilidad civil persigue, en ese ámbito, un doble objetivo, indemnizatorio y disuasorio (pág. 144). De ahí que defienda en las páginas siguientes la oficialización de la pena privada en el ámbito de la competencia desleal.

Además, debe destacarse que precisamente las hipótesis señaladas, en las que el infractor obtiene un beneficio superior a la cuantía en que se concreta la indemnización de daños y perjuicios, constituyen uno de los supuestos en los que en los países del *Common Law* se admite el recurso a los *punitive damages*. *Vid.*, en este sentido, «Aggravated, exemplary and restitutionary damages», *Law Commission Report N° 247*, pág. 53.

⁷³² Sobre la exigencia de la especial reprochabilidad de la conducta *vid.*: CENDON, para quien la pena privada resulta admisible y justificada solamente en presencia de una conducta dolosa o gravemente culposa (CENDON, P., «Responsabilità civile e pena privata», en AA.VV., *Le pene private*, *Op. cit.*, pág. 296); GALLO, que erige al dolo en presupuesto subjetivo de las penas privadas (GALLO, P., *Pene private e responsabilità civile*, *Op. cit.*, págs. 180 y 181); CARVAL, que propone el recurso a las penas privadas en los supuestos de culpa grave, entendida ésta como la que concurre en los comportamientos anormalmente deficientes (CARVAL, S., *La responsabilità civile dans sa fonction de peine privée*, *Op. cit.*, págs. 332-336); y los españoles PEÑA LÓPEZ, para quien «con las penas privadas se trata de castigar, acentuando la prevención, ciertas conductas especialmente reprobables inscribibles dentro de la forma de culpabilidad dolosa o de la culpa grave» (PEÑA LÓPEZ, F., *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, *Op. cit.*, pág. 227) y REGLERO CAMPOS, que considera que «los «daños punitivos» estarían justificados cuando la conducta del dañante fuera particularmente intolerable, (...), y fundamentalmente cuando se trate de conductas dolosas o de imprudencias temerarias activas u omisivas» (REGLERO CAMPOS, L.F., «Conceptos generales y elementos de delimitación», *Op. et loc. cit.*, pág. 76).

noción de dolo, a saber, el elemento intelectual, en cuanto que el sujeto es consciente de su conducta y de las consecuencias dañosas que ésta va a provocar, así como del carácter antijurídico de la misma; y el elemento volitivo, en la medida en que se trata de un comportamiento querido por su autor⁷³³.

d) Teniendo en cuenta que las indemnizaciones coercitivas encuentran su origen o antecedente más directo en las *astreintes* francesas⁷³⁴, un último argumento en apoyo del fin punitivo que aquellas sanciones persiguen puede derivarse de la evolución que la institución señalada experimentó en el Ordenamiento jurídico del país vecino.

La institución de la *astreinte* –definida por VINEY y JOURDAIN como un medio de presión del que se sirve el juez para tratar de ejecutar sus propias decisiones y que consiste en condenar al deudor rebelde a pagar por cada día, semana, mes o incluso año de retraso, una cierta suma de dinero⁷³⁵– es una creación jurisprudencial que nació a principios del siglo XIX vinculada a la indemnización de daños y perjuicios. En este sentido, se decía que, si bien en el momento de su pronunciación la *astreinte* constituía una medida de presión absolutamente separada de la indemnización de daños y perjuicios, cuando se liquidaba se convertía en una auténtica reparación cuya cuantía no podía superar la del daño causado⁷³⁶. Pero esta interpretación, que desnaturalizaba la institución y la privaba de toda eficacia coercitiva, pese a que había sido confirmada por la *Cour de cassation*, fue modificada por una sentencia de este mismo Tribunal de 29 de octubre de 1959, en la que se afirmó que la *astreinte* es una medida de presión totalmente distinta o separada de la indemnización de daños y perjuicios cuyo objetivo no es compensar el daño derivado del retraso en la ejecución, sino vencer la resistencia opuesta a la ejecución de una condena. Quedaba así clara la naturaleza de pena privada de la *astreinte* y su absoluta independencia del perjuicio causado. No obstante, por si alguna duda pudiese quedar, la Ley de 5 de julio de 1972, que dotó de reconocimiento

⁷³³ Para un análisis detallado de los elementos integrantes de la noción de dolo *vid.* PEÑA LÓPEZ, F., *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, *Op. cit.*, págs. 423-429.

⁷³⁴ Este origen de las indemnizaciones coercitivas es puesto de manifiesto por LOBATO, M. (Comentario a la Ley 17/2001, de Marcas, *Op. cit.*, pág. 705).

⁷³⁵ VINEY, G. y JOURDAIN, P., *Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, *Op. cit.*, pág. 13.

⁷³⁶ Así lo entendía KAYSER, que no ocultaba la razón que le movía a acoger esta interpretación y que no era otra que salvar la más grave objeción que se había opuesto a la *astreinte*, a saber, la que consideraba que la misma era una pena privada pronunciada por los Tribunales sin tener apoyo en un texto legal, esto es, infringiendo el principio de legalidad de las penas (KAYSER, M.P., "L'*astreinte* judiciaire et la responsabilité civile", *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1953, pág. 243-244).

legal a esta institución, señaló expresamente en su art. 6 que la *astreinte* es independiente de la indemnización de daños y perjuicios⁷³⁷.

Tras este proceso de evolución se hace patente que la naturaleza de la *astreinte* en el Derecho francés es la de una pena privada⁷³⁸, aunque, buscando una mayor precisión, algunos autores suelen afirmar la doble naturaleza de la institución, que, con anterioridad a la liquidación, constituye una amenaza o medida de coerción dirigida a forzar al deudor al cumplimiento de la obligación principal para, una vez liquidada, convertirse en una verdadera pena privada⁷³⁹. Desde esta perspectiva, la *astreinte* permite obtener –en palabras de VINEY y JOURDAIN– resultados muy semejantes a los que se logran en los Derechos anglo-americanos mediante la utilización de los daños punitivos⁷⁴⁰.

En consecuencia, si, como parece, el legislador español tuvo en cuenta la institución de la *astreinte* a la hora de introducir las indemnizaciones coercitivas del art. 44 de la LM⁷⁴¹, habrá que entender que quiso dotar a éstas de la misma naturaleza jurídica de la que goza la institución francesa. Es decir, habrá que concluir que las indemnizaciones coercitivas constituyen, al igual que las *astreintes*, auténticas penas privadas.

Así las cosas, teniendo en cuenta el objetivo perseguido por las indemnizaciones coercitivas, se hace preciso que el juez las concrete, haciendo uso de la facultad de graduación que le otorga el art. 44 de la LM –facultad que se encuentra sometida únicamente a un límite mínimo fijado por el propio legislador y en virtud del cual la indemnización coercitiva no puede ser inferior a 600 euros–, en una cuantía lo

⁷³⁷ Sobre la evolución histórica de la *astreinte*, vid. TUNC, A., "La pena privada nel Diritto francese", en AA.VV., *Le pene private*, Op. cit., págs. 354-356 y BORÉ, J. y L., voz «Astreintes», Rép. Civ. Dalloz, 1996, pág. 3.

⁷³⁸ Así lo entienden TUNC, A. ("La pena privada nel Diritto francese", en AA.VV., *Le pene private*, Op. cit., pág. 356) y CARVAL, S. (*La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Op. cit., pág. 40).

⁷³⁹ Aluden a esta doble naturaleza de la *astreinte*: BORÉ, J. y L., voz «Astreintes», Op. et loc. cit., pág. 2 y VINEY, G. y JOURDAIN, P., *Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, Op. cit., pág. 17.

⁷⁴⁰ VINEY, G. y JOURDAIN, P., *Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, Op. cit., pág. 18.

⁷⁴¹ Como también la tuvieron en cuenta otros legisladores de países pertenecientes a nuestra misma tradición jurídica, entre ellos, Brasil, Suecia, Suiza, Luxemburgo, Holanda, Bélgica o Portugal. Sobre esta expansión de la *astreinte*, vid., CALVÃO DA SILVA, J., *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, págs. 378 y 379.

suficientemente elevada como para evitar que al infractor le compense seguir con la infracción porque, de lo contrario, estaríamos ante lo que algunos autores han denominado “una licencia judicial forzosa sobre la marca”⁷⁴². Es decir, si llegados a la fase de ejecución de sentencia el infractor persiste en su conducta contraria al derecho de marca, ello es debido a que los daños que causa al titular del derecho y que, consiguientemente, está obligado a indemnizar son sensiblemente inferiores a los beneficios o ganancias que obtiene con su ilícita actuación. Por eso, si la suma que se impone al infractor en concepto de indemnización coercitiva no es lo suficientemente alta, en el sentido de que entrañe para él un sacrificio o pérdida económica significativa, es posible que al infractor le compense seguir utilizando la marca ajena a cambio del pago de la indemnización impuesta por el órgano judicial. Y, si así fuera, estaríamos ante un supuesto de conversión de una regla de propiedad en una regla de responsabilidad⁷⁴³.

En efecto, el derecho de marca se encuentra protegido en nuestro Ordenamiento jurídico por medio de una regla de propiedad, lo que significa que su titular puede ceder o transmitir ese derecho a cambio del precio que estime oportuno. De este modo, tanto la decisión de efectuar la transmisión del derecho como la decisión acerca del valor que se quiere otorgar al mismo se someten enteramente a la libre voluntad de los interesados. Sin embargo, cuando el derecho de marca resulta infringido por un tercero se priva a su titular de la posibilidad de decidir sobre su cesión. Ésta queda al arbitrio de la voluntad del sujeto infractor que, con la sola condición de indemnizar los daños

⁷⁴² Emplean esta expresión FERRANDIS GONZÁLEZ, S., SELAS COLORADO, A. y ABAD REVENGA, J., *Comentarios a la Ley de Marcas*, Edit. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Barcelona, 2002, pág. 207. Estos autores afirman, sin embargo, que solamente después de contemplar la casuística de los Tribunales al respecto, esto es, solamente tras apreciar las cantidades en que éstos concreten las indemnizaciones coercitivas, será posible pronunciarse sobre la consecución del objetivo señalado.

A la vista de sus palabras, estos autores interpretan el art. 44 del mismo modo en que nosotros entendemos que debe ser interpretado: en el sentido de que corresponde al órgano judicial decidir en cada caso la concreta cuantía diaria a la que asciende la indemnización coercitiva, con la sola condición de respetar el límite inferior establecido en el precepto (600 euros). Esta interpretación viene avalada, en nuestra opinión, por la regulación de las *astreintes* francesas que, constituyendo la principal fuente de inspiración del legislador español a la hora de introducir las indemnizaciones coercitivas, debe ser tenida en cuenta para resolver las dudas que estas últimas puedan suscitar. Y, a la vista de que la cuantía de las *astreintes* debe ser graduada por el órgano judicial competente en función de la capacidad económica del infractor (*vid.*, al respecto, BORÉ, J. y L., voz «Astreintes», *Op. et loc. cit.*, pág. 3-4), idéntica conclusión debe acogerse con relación a las indemnizaciones coercitivas del art. 44 de la LM.

⁷⁴³ Una visión conjunta de las reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y reglas de inalienabilidad fue abordada por vez primera por CALABRESI y MELAMED en el año 1972, en un artículo que DEL OLMO GARCÍA tradujo al español bajo el título “Propiedad, responsabilidad, inalienabilidad: Una perspectiva de la catedral” (*ADC*, 1997-I, págs. 187 y ss).

causados al titular de la marca, puede utilizar el derecho ajeno. Incluso, puede seguir utilizando la marca después de ser condenado y constreñido a la cesación de su conducta ilícita mediante la imposición de indemnizaciones coercitivas, siempre y cuando esté dispuesto a satisfacer la cuantía de éstas. Por eso, si el montante al que ascienden las indemnizaciones coercitivas no constituye un incentivo suficiente para poner fin al uso ilegítimo del derecho, se corre el riesgo de convertir la regla de propiedad que protege el derecho de marca en una regla de responsabilidad, en virtud de la cual el titular de ese derecho podría ser privado de él con absoluta independencia tanto de su deseo de llevar a cabo un intercambio voluntario como del precio que hubiera exigido para concretarlo.

Precisamente, la evitación de la conversión de las reglas de propiedad en reglas de responsabilidad es, a juicio de CALABRESI y MELAMED, la justificación del empleo tanto de las sanciones penales como de las indemnizaciones que exceden de la mera reparación de los perjuicios (daños punitivos)⁷⁴⁴. Encontramos, desde esta perspectiva, un nuevo apoyo para sostener el carácter disuasorio y punitivo de las indemnizaciones coercitivas introducidas por el legislador en el art. 44 de la LM.

3. REFLEXIÓN FINAL EN TORNO A LA TRASCENDENCIA DE LA LEY DE MARCAS EN EL ANÁLISIS FUNCIONAL DEL DERECHO DE DAÑOS

Lo anterior conduce a la conclusión de que, al menos en el ámbito específico del Derecho de marcas y por expresa previsión legislativa⁷⁴⁵, las normas de responsabilidad

⁷⁴⁴ CALABRESI, G. y MELAMED, A.D., "Propiedad, responsabilidad, inalienabilidad...", *Op. et loc. cit.*, pág. 232.

La misma justificación a las penas privadas, aunque expresada en términos distintos, ofrece GALLO, P., *Pene private e responsabilità civile*, *Op. cit.*, págs. 71-73.

PINTOS AGER parece acoger implícitamente la misma idea cuando al analizar los atentados al honor, a la intimidad y a la propia imagen los caracteriza como "*«intercambios forzados», provocados unilateralmente por un transmitente, que dispone de un activo ajeno al margen o directamente en contra de la voluntad expresa o tácita del dueño del activo*". De hecho, es esta razón, unida a la ausencia de otros mecanismos de prevención distintos de la responsabilidad civil, la que determina para este autor que las normas que tutelan esos derechos tengan en cuenta para fijar la indemnización debida el beneficio obtenido por el infractor (PINTOS AGER, J., "Causación de un daño y obtención de un beneficio...", *Op. et loc. cit.*, pág. 113).

⁷⁴⁵ Previsión legislativa que SALVADOR y CASTIÑEIRA consideran necesaria para llevar a cabo lo que califican, a la vista de la reciente jurisprudencia alemana en materia de protección de la personalidad, como "*una recepción moderada de la doctrina de los punitive damages*". De hecho, los autores citados parecen llegar a la conclusión de que, cumpliéndose dicha exigencia de previsión legislativa, no debería descartarse en nuestro país tal moderada recepción (SALVADOR CODERCH, P. y CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *Prevenir y castigar*, *Op. cit.*, pág. 173).

civil extracontractual no se limitan a cumplir una función estrictamente reparadora, sino que se orientan, al mismo tiempo, a prevenir, mediante la amenaza del castigo, la comisión de atentados contra los derechos tutelados⁷⁴⁶.

Y si es cierto, como parece deducirse de los argumentos arriba expuestos, que el legislador ha querido con la nueva LM dar paso a un Derecho de daños orientado no sólo a la reparación del daño, sino también a la prevención de las conductas dañosas mediante la amenaza del castigo al responsable, podría ser preciso o, al menos, conveniente un replanteamiento de las conclusiones extraídas del análisis de alguno de los criterios comentados en este trabajo. Nos referimos, básicamente, al juicio que, desde la nueva perspectiva proporcionada por la LM de 7 de diciembre de 2001, pueda merecer el criterio que atiende al beneficio obtenido por el infractor de un derecho de marca o de patente para fijar conforme a él la indemnización debida en concepto de lucro cesante. Porque, tal vez, a la luz de una –ahora ya– manifestada tendencia legislativa a reforzar la prevención de conductas atentatorias contra derechos de propiedad industrial, resulte preferible abandonar la forzada explicación reparadora que se derivaba de una supuesta relación entre el Derecho de daños y el Derecho del enriquecimiento y acoger otra interpretación –a todas luces, más convincente– basada en la persecución de dicho reforzamiento del objetivo preventivo de las normas de responsabilidad civil extracontractual en la esfera de la propiedad industrial.

En definitiva, parece que el interrogante sobre la posibilidad de atribuir a las normas de responsabilidad aquiliana funciones distintas a la resarcitoria o reparadora debe resolverse, a la vista de la LM de 2001, en un sentido favorable a dicha ampliación funcional. Ahora bien, esta afirmación debe hacerse con una cierta dosis de cautela con el objeto de que la solución favorable a la ampliación de las funciones del Derecho de daños no se convierta en una regla general capaz de transformar o desnaturalizar por completo la institución. Muy al contrario, nos parece que la solución apuntada estará justificada únicamente en aquellas hipótesis en las que el legislador lo estime oportuno por tratarse de supuestos que, en cuanto beneficiosos para el infractor o excesivamente

⁷⁴⁶ Cumplirían, así, una función esencialmente preventiva o disuasoria de comportamientos ilícitos canalizada a través de un instrumento punitivo. De hecho, para algunos autores la función propia de los *punitive damages* no es otra que reforzar el papel preventivo de la responsabilidad civil (*vid.*, al respecto, REGLERO CAMPOS, L.F., “Conceptos generales y elementos de delimitación”, *Op. et loc. cit.*, pág. 87).

perjudiciales para las víctimas, se encuentren necesitados de una especial tutela preventiva mediante la cual evitar o reducir tales conductas dañosas.

CONCLUSIONES

I

El concepto de daño jurídicamente relevante es más restringido que el concepto de daño en sentido material y para alcanzarlo es preciso tomar en consideración la concurrencia de ciertas circunstancias que, siendo extrínsecas a la noción misma de daño, determinan la calificación de éste como daño jurídico y, en consecuencia resarcible. Estas circunstancias extrínsecas que convierten al daño en relevante desde el punto de vista jurídico y, más concretamente, desde el punto de vista de la responsabilidad civil extracontractual, son las siguientes: 1ª) que el daño lesione un interés humano; 2ª) que el daño sea imputable a una persona distinta del titular del interés lesionado; 3ª) que el daño pueda calificarse como antijurídico por haber afectado a un interés que el Ordenamiento jurídico considera digno de protección; 4ª) que el daño sea cierto, tanto en su existencia como en su cuantía y 5ª) que el daño resulte probado por quien lo alega.

II

A la hora de contemplar el daño como objeto de la reparación, es decir, desde el punto de vista de las consecuencias perjudiciales que hay que reparar, deben tomarse en consideración las particulares circunstancias que concurren en el sujeto perjudicado, las cuales pueden determinar que el daño por él sufrido sea mayor o menor que el perjuicio que del mismo hecho dañoso puede derivar para otras personas en las que concurren condiciones distintas.

Esta concepción subjetiva o concreta implica el rechazo de aquellas otras teorías que contemplan el daño, también desde la perspectiva de aquello que hay que reparar, como una diferencia abstracta de valor que se produce en el patrimonio del dañado con ocasión del evento dañoso así como de aquellas otras que lo concretan en el valor objetivo o de mercado de los bienes dañados. Y es la concepción que debe acogerse

porque sólo ella es coherente con la consideración de que el daño, como efecto del comportamiento ilícito, se corresponde con la lesión de un interés, del interés particular que corresponde al concreto sujeto perjudicado.

III

Partiendo de la afirmación, aceptada por nosotros, de que los daños tienen por objeto intereses humanos jurídicamente tutelados, es posible clasificar los perjuicios en función de la naturaleza del interés lesionado. Esto implica que, recayendo el hecho dañoso sobre un interés de naturaleza patrimonial, estaremos ante un daño patrimonial mientras que, por el contrario, recayendo aquél sobre un interés no económico o no patrimonial, nos encontraremos ante un daño no patrimonial, independientemente de cuál sea la naturaleza del bien que constituye el soporte físico de dicho interés.

Así las cosas, carece de justificación aceptar como categoría autónoma la de los denominados «daños patrimoniales indirectos» o «daños morales impropios», entendiendo por tales los que, lesionando directamente un interés extrapatrimonial, producen de modo indirecto daños patrimoniales o económicos por afectar al mismo tiempo a un interés de esa naturaleza. Por el contrario, en estos supuestos, siguiendo la concepción que hemos aceptado, habrá dos daños de diferente naturaleza (patrimonial y extrapatrimonial) derivados de un mismo hecho lesivo.

IV

Aun cuando la certeza se erige en requisito ineludible del daño que es tomado en consideración por el Derecho a los efectos de considerarlo relevante desde la perspectiva de la responsabilidad civil extracontractual, dicha certeza, entendida como la ausencia de dudas sobre la realidad del daño o como la seguridad acerca de su producción, admite, sin embargo, una cierta relajación cuando se pone en relación con el lucro cesante. En efecto, siendo la determinación de este tipo de perjuicios patrimoniales, que se definen como la ganancia que habría obtenido el perjudicado de no haberse producido el hecho dañoso, extremadamente compleja, puesto que requiere una reconstrucción de los hechos proyectada hacia el futuro, se entiende que, en la

medida en que dicha reconstrucción, en cuanto que es en cierto punto hipotética, puede no ser perfecta, sino sólo aproximada, basta con que el daño que integra el concepto de lucro cesante presente una certeza relativa, no absoluta.

V

Aun cuando el daño consistente en las denominadas «pérdidas de oportunidades» se estudie entre las partidas integrantes del perjuicio patrimonial debido a la necesidad de proceder a su distinción con el lucro cesante, no debe concluirse, por ello, que dicho daño deba asumir necesariamente tal naturaleza. Por el contrario, de nuevo sobre la base de la noción de daño jurídico que hemos asumido, deberá entenderse que el daño consistente en la pérdida de una oportunidad será patrimonial o extrapatrimonial en función de la naturaleza que corresponda al interés que ha resultado afectado a causa de la frustración de la posibilidad misma de su satisfacción.

VI

Ante la multiplicidad y diversidad de intereses cuya vulneración puede dar lugar a la existencia de un daño no patrimonial, se hace precisa la búsqueda de una nota común que sirva para identificar a este tipo de perjuicios. Esta nota no es otra que la ausencia de estimabilidad o valorabilidad pecuniaria, que resulta predicable respecto de todos y cada uno de los perjuicios extrapatrimoniales.

De ello se deriva, asimismo, que la frecuente distinción que se lleva a cabo en el seno de los perjuicios extrapatrimoniales entre daños corporales y daños morales carezca de toda justificación, porque los intereses lesionados por unos y otros gozan de una misma naturaleza y presentan unas mismas características, por lo que carece de sentido el establecimiento de una separación entre ambas categorías de perjuicios. En efecto, no hay ningún aspecto bajo el cual puedan diferenciarse: así, es común a todos esos perjuicios la ausencia de equivalencia pecuniaria y, consiguientemente, la función compensatoria que desempeña la indemnización en dinero; la dificultad de la prueba de

su existencia; o la ausencia de criterios objetivos de valoración, que hacen que ésta sea remitida a la libre discrecionalidad de los órganos jurisdiccionales.

Por otra parte, el hecho de que el legislador, en ciertas ocasiones, haya cuantificado legalmente los perjuicios corporales producidos en ámbitos concretos, no constituye motivo suficiente para justificar la clasificación que distingue entre daños corporales y daños morales, porque la posibilidad de determinar indemnizaciones convencionales como las fijadas en esas Leyes positivas existe, ya se trate de unos o de otros. Y tampoco puede considerarse decisiva la afirmación que independiza los daños corporales bajo la afirmación de que los mismos recaen sobre un bien o interés concreto o específico, porque siendo ese bien o interés extrapatrimonial, ninguna diferencia presenta respecto de los otros bienes e intereses de la misma naturaleza cuya lesión constituye, a juicio de los defensores de la distinción, un perjuicio moral; y, además, de acuerdo con esta consideración, podría independizarse cualquier perjuicio inmaterial por referencia al concreto interés extrapatrimonial sobre el que recayese.

VII

La inicial oposición de los operadores jurídicos de los Ordenamientos jurídicos de tradición romanista al reconocimiento de la resarcibilidad de los perjuicios no patrimoniales —que en nuestro Derecho ha adquirido carta de naturaleza debido a la evolución operada en ese sentido a lo largo del siglo pasado— no puede justificarse en la idea, asumida por muchos de ellos, de que el Derecho romano no reconocía la reparación o el resarcimiento de esa clase de daños. Esta idea procede de un equívoco surgido en la época medieval y consistente en interpretar la *Lex Aquilia*, reguladora de los daños a intereses patrimoniales o económicos, como la única ley romana que contemplaba la reparación de los perjuicios. Sin embargo, el resarcimiento de los daños no patrimoniales que, al igual que ocurría en relación con los perjuicios patrimoniales, cumplía una función mixta de reparación y pena privada, sí se contemplaba en el Derecho romano, si bien no en la *Lex Aquilia* a través de la *damnum iniuria datum*, sino en la *Lex Cornelia* por medio de la *iniuria*. Así, este último delito privado, la *iniuria*, puede considerarse como el antecedente romano del daño extrapatrimonial.

VIII

En contra del criterio jurisprudencial consolidado por nuestro Tribunal Supremo, que se opone a la existencia de un daño moral resarcible causado a la víctima mortal a causa de la privación de su propia vida y, en consecuencia, niega la transmisibilidad *mortis causa* del derecho a la reparación de ese daño moral, entendemos que existen argumentos jurídicos suficientes para aceptar tanto la producción y consiguiente existencia de ese daño como la transmisibilidad del derecho a la reparación del mismo, de tal modo que la muerte de la víctima, cuando encuentre su causa en un acto ilícito imputable a un tercero, dé lugar a dos tipos de acciones indemnizatorias: a) la que se dirige a reparar el daño moral padecido por la propia víctima, que se transmite a los herederos de ésta; y b) la que corresponde a los allegados de la víctima para obtener la reparación de los perjuicios económicos o morales que la muerte de ésta les causa y para cuyo ejercicio están legitimados *ex iure proprio*. Y no se puede aceptar la crítica basada en la multiplicación de indemnizaciones que esta solución conlleva y que puede determinar una elevación importante en las cuantías a satisfacer por el responsable, porque esa multiplicación de indemnizaciones no opera a modo de castigo aleccionador para el culpable, sino que se limita, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1902 del CC español, a reparar el daño causado, constituido, en la mayor parte de los supuestos de muerte de la víctima directa, por una pluralidad de perjuicios proyectados hacia personas diversas.

IX

La clasificación que se realiza entre daños presentes y daños futuros debe tomar como punto de referencia no el momento de la conclusión del litigio, sino las posibilidades de alegación y petición que corresponden al actor en el curso del proceso civil. De acuerdo con esta afirmación, serán daños presentes aquéllos que se hayan materializado antes de la preclusión de los trámites previstos en la LEC para formular alegaciones y pretensiones (demanda y contestación y audiencia previa al juicio), mientras que serán futuros aquellos otros que se materialicen con posterioridad a dichos trámites procesales o, incluso, con posterioridad a la sentencia recaída en el juicio de responsabilidad. Respecto de unos y de otros daños (presentes y futuros) se deben

aportar en los momentos procesales oportunos los datos que sirvan para apreciar la certeza de los perjuicios alegados, certeza ésta que tanto para los daños presentes como para los futuros, ha de ser absoluta, pues de no ser así no se podrá proceder a su reparación. Ahora bien, por lo que respecta a los daños futuros, concretado con posterioridad el daño que en el momento de formular las pretensiones parecía simplemente eventual y, en consecuencia, carente de certeza, será posible recabar posteriormente su reparación mediante el planteamiento de un nuevo proceso.

X

Los amplios términos en que aparece formulado el art. 1902 del Código Civil español imponen la reparación de todo tipo de perjuicios derivados del hecho dañoso que resulta imputable a un tercero. Así, resulta preciso reparar no sólo los daños directos, entendidos como aquellos perjuicios que padece de forma inmediata la víctima del hecho dañoso, es decir, aquel sujeto que, como consecuencia de este hecho, sufre directamente una lesión en su persona o en sus bienes; sino que también es necesario resarcir los daños indirectos o mediatos, entendiendo por tales aquellos otros que, teniendo como causa el mismo hecho dañoso que perjudica a la víctima inicial, repercuten de forma mediata sobre una persona distinta de ésta, es decir, sobre un tercero.

Respecto de estos daños indirectos o mediatos no es posible afirmar su autonomía frente a los directos o inmediatos de los que traen causa, porque configurándose aquéllos como un efecto reflejo de estos otros, sin los cuales no pueden llegar a existir, a la hora de llevar a cabo la reparación de los daños indirectos o mediatos deben tomarse en consideración las circunstancias concurrentes en el perjuicio inmediato del que derivan, como así lo ha entendido la jurisprudencia en cuanto a la influencia de la culpa de la víctima inmediata.

XI

El resarcimiento o reparación de los daños derivados de responsabilidad civil extracontractual carece, en los sistemas jurídicos continentales, de una concreta regulación normativa, por lo que su aplicación se lleva a cabo sobre la base de una serie

de pautas o principios formulados por vía doctrinal y jurisprudencial y aceptados con carácter general en los Ordenamientos jurídicos de base romanista.

El principio regulador básico o esencial del resarcimiento de daños y perjuicios es el principio del resarcimiento integral, que se dirige a lograr que al perjudicado le sea reparada la totalidad del daño por él padecido, pero nada más que el daño realmente sufrido, de tal manera que el perjudicado no experimente, a causa del evento dañoso, empobrecimiento ni enriquecimiento alguno.

Los demás principios reguladores de la reparación de daños y perjuicios —salvo el de congruencia, que deriva de la aplicación de las normas procesales—, se formulan teniendo en cuenta el principio de la *restitutio in integrum*, es decir, se articulan bajo la influencia directa de ese principio esencial. Es el caso del principio que manda atender para determinar la medida de la reparación a la concreta utilidad que los bienes dañados proporcionaban al sujeto perjudicado, en lugar de concretarse en el valor objetivo de los mismos; o del principio en virtud del cual el momento oportuno para determinar la medida de la reparación es aquél en el que las partes adoptan el acuerdo transaccional o el juez dicta la sentencia relativa al juicio de responsabilidad, porque sólo así se podrán tener en cuenta las variaciones de valor que experimenta el daño, tanto en su sustancia o entidad como en su representación monetaria, desde el instante en que el mismo se produce hasta que se hace efectivo su resarcimiento. En efecto, con estos otros principios se pretende dotar de efectividad a la regla de la reparación integral.

XII

La reparación por equivalente se concreta siempre en una obligación de dar de contenido pecuniario, que proporciona al sujeto dañado, no el mismo interés o utilidad de que se ha visto privado a consecuencia del evento dañoso, sino un interés o utilidad diferente (dinero). Precisamente, al consistir esta forma de reparación en la entrega de una cantidad de dinero al perjudicado resulta siempre posible y es adecuada para resarcir cualquier tipo de daño, tanto patrimonial, en cuyo caso desempeñará una función de equivalencia, como extrapatrimonial, supuesto éste en el que cumplirá una función de compensación. Estas notas, junto con su facilidad de aplicación, determinan

que la reparación por equivalente se configure en la práctica como la forma más frecuente y normal de resarcimiento del daño.

XIII

La reparación en forma específica o *in natura*, por su parte, puede consistir tanto en obligaciones de hacer como en obligaciones de dar, pudiendo tener estas últimas, incluso, contenido pecuniario. En estas últimas hipótesis, la distinción entre la reparación pecuniaria *in natura* y la reparación por equivalente, cuyo *quantum* puede y suele diferir, se establece en función del modo en que una y otra proceden al restablecimiento de la situación *ex ante*, porque mientras que la reparación por equivalente lo consigue por medio de la atribución al perjudicado de utilidades diferentes a las pérdidas (dinero), la reparación *in natura* lo logra proporcionando a aquél las mismas utilidades que perdió a causa del evento dañoso. Es decir, en la reparación pecuniaria *in natura* el dinero interviene como simple medio para proporcionar al perjudicado las mismas utilidades que las pérdidas con ocasión del evento dañoso y, en consecuencia, dicho dinero se encuentra vinculado necesariamente a ese destino o fin.

Sin embargo, la reparación en forma específica, aun cuando puede considerarse más perfecta porque coloca al perjudicado en una situación mucho más parecida a aquella en la que se encontraría en ausencia del evento dañoso, al procurarle las mismas utilidades que las pérdidas y aun cuando puede adoptar diversas formas, es en la práctica menos frecuente debido a los inconvenientes que presenta, los cuales se concretan fundamentalmente en los tres siguientes: insuficiencia, imposibilidad y excesiva onerosidad.

XIV

En nuestro Ordenamiento jurídico la elección de la concreta forma de reparación de los daños y perjuicios padecidos por el perjudicado debe corresponder, en virtud del principio dispositivo que gobierna el proceso civil, al sujeto perjudicado, si bien el órgano judicial encargado de resolver el pleito sobre responsabilidad puede pronunciarse acerca de la conveniencia, oportunidad o mayor adecuación de una de las

formas de reparación respecto de la otra siempre y cuando no vulnere con ello el principio de congruencia procesal. Por su parte, quien, en ningún caso, tiene facultad alguna para pronunciarse sobre la forma de resarcimiento que estime más adecuada es el responsable.

XV

En ausencia de elección por parte del perjudicado del modo en que prefiere ver resarcido su daño, debe declararse la preferencia, al menos teórica, de la reparación en forma específica sobre la reparación por equivalente, porque con la reparación *in natura*, además de alcanzarse un restablecimiento más perfecto de la situación que existía con anterioridad al evento dañoso, se impide la conversión de las reglas de propiedad que tutelan una gran parte de los derechos e intereses en reglas de responsabilidad. En definitiva, otorgando preferencia a la reparación en forma específica y atribuyendo al resarcimiento por equivalente un papel subsidiario no se cae en el absurdo de permitir la producción de daños con la sola condición de pagar por ellos.

XVI

La esencial y tradicional función reparadora que por ley se asigna a la responsabilidad civil extracontractual a través del surgimiento de la obligación de reparación de los daños y perjuicios no puede interpretarse de modo absolutamente riguroso. Por el contrario, esa función reparadora debe ser apreciada en su justa medida, impidiendo que la misma preordene la interpretación de las normas hacia la consecución exclusiva del objetivo resarcitorio a costa de razonamientos artificiosos o rebuscados e impidiendo, al mismo tiempo, que se llegue a prescindir absolutamente de dicho objetivo reparador para terminar construyendo sistemas de responsabilidad completamente ajenos al diseñado por los codificadores.

XVII

A la vista del modo en que el legislador decimonónico ha construido o diseñado nuestro sistema de responsabilidad civil extracontractual no se puede negar que el

resarcimiento de daños y perjuicios en que se concreta la reacción del Ordenamiento que de ella deriva tiene como objetivo, además de conseguir la reparación del daño colocando al perjudicado en una situación lo más parecida posible a la que se encontraría en ausencia de hecho dañoso, perseguir la prevención o disuasión de conductas dañosas. Así lo prueba el hecho de que los codificadores optaron por erigir a la culpa en presupuesto indispensable para el surgimiento de la obligación de reparar, haciendo patente su propósito de fomentar entre los particulares comportamientos diligentes cuya posibilidad de producir perjuicios fuera mínima.

Pero es que, incluso, en los sistemas de responsabilidad objetiva que surgieron con posterioridad cabe apreciar igualmente la existencia de ese fin preventivo, desde el momento en que el fundamento de tales sistemas que prescinden de la culpa del responsable es precisamente perseguir la disminución del riesgo que causan las empresas o los particulares con motivo de la realización de determinadas actividades consideradas especialmente riesgosas o peligrosas, convirtiendo ese riesgo de causar accidentes en un coste que debe asumir la empresa o el particular que obtiene beneficios con la realización de esa actividad.

XVIII

En el ámbito de los perjuicios no patrimoniales debe negarse la persecución por parte de la obligación de reparación derivada de la concurrencia de responsabilidad civil extracontractual de una punición o castigo al sujeto responsable. A esa negativa del desarrollo de una función punitiva por parte del Derecho de daños en relación con los perjuicios extrapatrimoniales se llega por medio del análisis de ciertos criterios legislativos y jurisprudenciales que ponen de manifiesto la vigencia de las funciones tradicionales de la responsabilidad civil en ese concreto ámbito.

Incluso, del examen de los fallos judiciales que en nuestro país han concedido, excepcionalmente, indemnizaciones simbólicas en concepto de daño moral se concluye la ausencia de toda finalidad punitiva en el seno de los perjuicios extrapatrimoniales.

XIX

En el ámbito de los perjuicios patrimoniales o económicos la cuestión de las funciones desempeñadas por la institución de la responsabilidad civil a través de la sanción que de ella se deriva se ha visto influenciada por ciertas normas contenidas en la Ley de Marcas de 17 de diciembre de 2001, las cuales han supuesto un cambio significativo en cuanto a las conclusiones que cabe extraer del análisis funcional del Derecho de daños, al introducir, fundamentalmente en relación con los perjuicios patrimoniales derivados de la infracción de los derechos de marca, nuevas finalidades preventivas e, incluso punitivas, que se añaden a la tradicional función reparadora de la responsabilidad civil extracontractual.

En definitiva, parece que, al menos en el ámbito específico del Derecho de marcas y por expresa previsión legislativa, las normas de responsabilidad civil extracontractual no se limitan a cumplir una función estrictamente reparadora, sino que se orientan, al mismo tiempo, a prevenir, mediante la amenaza del castigo, la comisión de atentados contra los derechos tutelados.

XX

Debe afirmarse, a la vista de los cambios introducidos por la Ley de Marcas de 17 de diciembre de 2001, la posibilidad de proceder, aunque con carácter excepcional, a una ampliación de las funciones desempeñadas por el resarcimiento de daños y perjuicios. Sin embargo, dicha ampliación funcional podrá tener lugar únicamente en aquellas hipótesis en las que el legislador lo estime oportuno –y así lo manifieste de forma expresa– por tratarse de supuestos que, en cuanto beneficiosos para el infractor o excesivamente perjudiciales para las víctimas, se encuentren necesitados de una especial tutela preventiva mediante la cual evitar o reducir tales conductas dañosas. De lo contrario, una generalización desmedida de la ampliación funcional del Derecho de daños, no sometida a límites o cautelas, terminaría por transformar o desnaturalizar por completo la institución de la responsabilidad civil.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II, Derecho de obligaciones*, 11ª ed., Librería Bosch S.L., Barcelona, 2002

ALMEIDA COSTA, M.J., *Direito das Obrigações*, 9ª ed., Edit. Almedina, Coimbra, 2001

ALPA, G., *Trattato di Diritto Civile*, Vol. IV, (*La responsabilità civile*), Giuffrè Editore, Milano, 1999

- “Ingegneria sociale e amministrazione del danno. Quindici anni di dottrina della responsabilità civile”, *Giurisprudenza Italiana*, IV, 1983

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., *El enriquecimiento sin causa*, 3ª ed., Edit. Comares, Granada, 1993

ÁLVAREZ VIGARAY, R., “La responsabilidad por daño moral”, *ADC*, 1966

ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, 2ª ed., Edit. Akal, Madrid, 1986

ANTUNES VARELA, J., *Das obrigações em geral*, Vol. I, 7ª ed., Edit. Almedina, Coimbra, 1991

ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni di Diritto romano*, 14ª ed., Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1987

ATAZ LÓPEZ, J., *Los médicos y la responsabilidad civil*, Edit. Montecorvo, Madrid, 1985

BAKER, C.D., *Tort*, Sixth Edition, Edit. Sweet & Maxwell, London, 1996

BALDASSARI, A., *Il danno patrimoniale*, CEDAM, Padova, 2001

- Il risarcimento in forma specifica”, en AA.VV., *La responsabilità civile*, Vol. I (*Danno e risarcimento in generale*), UTET, Torino, 1998

BAPTISTA MARQUES, A., *Da responsabilidade civil extracontratual*, Alijó, 1967

BASOZABAL, X., “Método triple de computo del daño: la indemnización del lucro cesante en las leyes de protección industrial e intelectual”, *ADC*, 1997-III

BATLLE VÁZQUEZ, M., “La evaluación del daño en las personas”, *Centenario de la Ley del Notariado*, Vol. II, 1962

BELLIDO PENADÉS, R., *El proceso civil sobre competencia desleal y propiedad industrial (Aproximación a la incidencia de la LEC de 2000 y de la Ley de Marcas de 2001)*, Edit. Civitas, Madrid, 2002

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Introducción a las Marcas y otros Signos Distintivos en el Tráfico Económico (Según la legislación vigente, en particular la nueva Ley de Marcas, de 2001, y su Reglamento, de 12 julio 2002, y el Reglamento de la marca comunitaria)*, Edit. Aranzadi, Navarra, 2002

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Derecho civil. Derecho privado y de la persona*, Edit. Bercal, Madrid, 2002

- “Congruencia”, *Aranzadi Civil*, 1998-I
- “Daño moral (STS de 5 de junio de 1998)”, *Aranzadi Civil*, 1998-II

BIANCA, M., *Diritto Civile*, Vol. V (*La responsabilità*), Giuffrè Editore, Milano, Ristampa de 1997

- “Danno ingiusto: a proposito del risarcimento da lesione di interessi”, *Riv. Dir. Civ.*, nº 5, 2000

BOBBIO, N., voz «Sanzione», *Nov. Dig. It.*, Tomo XVI, Edit. UTET, Torino, 1963, Ristampa 1980

BOCCHIOLA, M., "Perdita de una «chance» e certezza del danno", *Riv. Trim. di Dir. Proc. Civ.*, 1976

BONILINI, G., *Il danno non patrimoniale*, Giuffrè Editore, Milano, 1983

- "Pena privata e danno non patrimoniale", en AA.VV., *Le pene private (A cura di F.D. BUSNELLI e G. SCALFI)*, Giuffrè Editore, Milano, 1985
- "Il danno non patrimoniale", en ALPA, G. y BESSONE, M., *La responsabilità civile (una rassegna di dottrina e giurisprudenza)*, Tomo V, UTET, 1987

BONVICINI, E., *Le responsabilità per i danni nel Diritto delle obbligazioni*, Vol. I, Giuffrè Editore, 1963

BORDON, R. y PALISI, M., *Il danno da morte*, Giuffrè Editore, Milano, 2002

BORÉ, J. y L., voz «Astreintes», *Rép. Civ. Dalloz*, 1996

BORRELL MACIÀ, A., *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil*, 2ª ed., Edit. Bosch, Barcelona, 1958

BRICOLA, F., "La riscoperta delle «pene private» nell'ottica del penalista", AA.VV., *Le pene private (A cura di F.D. BUSNELLI e G. SCALFI)*, Giuffrè Editore, Milano, 1985

BUSNELLI, F. D. y PATTI, S., *Danno e responsabilità civile*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1997

BUSNELLI, F.D. y SCALFI, G., *Le pene private*, Giuffrè Editore, Milano, 1985

BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Edit. Tecnos, Madrid, 1998

BUSTO LAGO, J.M. y PEÑA LÓPEZ, F., "Enriquecimiento injusto y responsabilidad civil extracontractual", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña*, nº 1, 1997

CALABRESI, G. y MELAMED, A.D., "Propiedad, responsabilidad, inalienabilidad: Una perspectiva de la catedral" (Traducción de PEDRO DEL OLMO GARCÍA), *ADC*, 1997-I

CALVÃO DA SILVA, J., *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, Coimbra Editora, Coimbra, 1987

CARIOTA FERRARA, L., "Il momento della morte è fuori della vita?" *Rivista di Diritto Civile*, 1961

CARRASCO PERERA, A., "Comentario sentencia de 14 de diciembre de 1993", *CCJC*, nº 33, 1993

- "Restitución de provechos (II)", *ADC*, 1988
- "Reparación del daño en forma específica", *Ar. Civ.*, 1996-II

CARVAL, S., *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, L.G.D.J., Paris, 1995

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, Tomo 4 (*Derecho de Obligaciones*), 15ª ed., Edit. Reus, Madrid, 1993

CASTILLO MARTÍNEZ, C.C., "La indemnización por daños y la problemática de su cuantificación (cuestiones escogidas)", *Actualidad Civil* (edición digital), nº 41, 2003

CASTRO MENDES, J., *Do conceito jurídico de prejuízo*, Edit. Jornal do Fôro, Lisboa, 1953

CASTRONOVO, C., "E il risarcimento in forma specifica come risarcimento del danno", *Jus.*, 1988

- "Il risarcimento in forma specifica come risarcimento del danno", en MAZZAMUTO, S. (A cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Jovene Editore, Napoli, 1989

CECCHERINI, G., *Risarcimento del danno e riparazione in forma specifica*, Giuffrè Editore, Milano, 1989

- "Nuove ricerche in tema di risarcimento in forma specifica", *Contratto e Impresa*, 1991-I

CENDON, P., "Responsabilità civile e pena privata", en AA.VV., *Le pene private* (A cura di F.D. BUSNELLI e G. SCALFI), Giuffrè Editore, Milano, 1985

CERDÁ OLMEDO, M., "Responsabilidad por daños futuros", *ADC*, 1985

CERVILLA GARZÓN, M^a D., "Una nueva visión de la responsabilidad profesional del abogado", *AC*, n° 40

CHARTIER, Y., *La réparation du préjudice*, Edit. Dalloz, Paris, 1983

CHIANALE, A., *Diritto soggettivo e tutela in forma specifica* (Indagine in tema di responsabilità extracontrattuale), Giuffrè Editore, Milano, 1993

CIAN, G., "Riflessioni in tema di risarcimento in forma specifica", AA.VV., *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Vol. V (*Responsabilità civile e tutela dei diritti*), Giuffrè Editore, Milano, 1998

COLOMBINI, E., "Il risarcimento del danno agli interessi legittimi", *Archivio civile*, 2001-I

COURTOIS, H., "La réparation", en RODIÈRE, R. (Dir.), *La responsabilité délictuelle dans la jurisprudence*, Librairies Techniques, Paris, 1978

CRIFÓ, G., voz «Danno (storia)», *Enc. Dir.*, Tomo XI, Giuffrè Editore, Milano, 1962

CRISTÓBAL MONTES, A., "El daño moral contractual", *RDP*, enero 1990

- "El enigmático artículo 1107 del Código Civil español", *Centenario del Código Civil*, Tomo I, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990

CUEVILLAS MATOZZI, I., *La relación de causalidad en la órbita del Derecho de daños*, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 2000

D'ADDA, A., *Il risarcimento in forma specifica. Oggetto e funzioni*, CEDAM, Padova, 2002

DAMIÁN MORENO, J., "Comentario al art. 219", en AA.VV., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo I, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2000

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, Edit. Civitas, Madrid, 1993

- "Comentario al art. 1106", en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, 1991
- "La protección de la personalidad en el Derecho Privado", *RDN*, 1974
- *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Edit. Civitas, Madrid, 1995
- "La reparación de los daños personales en el Derecho español", *RES*, nº 57, 1989
- "Comentario al art. 1107", en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991

DE CASTRO Y BRAVO, F., "Los llamados derechos de la personalidad, Dos estudios provisionales", *ADC*, 1959

- "La indemnización por causa de muerte", *ADC*, 1956

DE COSSÍO, A., *El dolo en el Derecho civil*, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955

DE CUPIS, A., *El daño* (Traducción española de la 2ª edición italiana por ÁNGEL MARTÍNEZ SARRIÓN), Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1975

- "Il danno", *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 1942-XX
- "Tradizione e rinnovamento nella responsabilità civile", *Riv. Dir. Civ.*, 1979

DEJEAN de la BÂTIE, N., en AUBRY y RAU, *Droit Civil Français*, Tomo VI-2 (*Responsabilité délictuelle*), 8ª ed., Éditions Litec, Paris, 1989

DEVILLA, V., voz «Iniuria», *Nov. Dig. It.*, Tomo VIII, Edit. UTET, Torino, 1965

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de Daños*, Edit. Civitas, Madrid, 1999

- "La doctrina del enriquecimiento injustificado", en DE LA CÁMARA y DÍEZ-PICAZO, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Edit. Civitas, Madrid, 1988

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, Edit. Tecnos, Madrid, 2001

DI GIOVANNI, "Sulla risarcibilità «iure hereditario» del danno da uccisione", *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1995, nº 1

DOMÍNGUEZ HIDALGO, C., *El daño moral*, Tomo I y Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000

DOMÍNGUEZ LÓPEZ, E., "El daño moral. Intento de concretización de un concepto", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña*, nº 7, 2003

EBENE COBELLI, M.C. ("Risarcimento e reintegrazione in forma specifica", *NGCC*, 1985-II

- "Le «grandi braccia» del risarcimento in forma specifica e della condemnation en nature (Note critiche sulla giurisprudenza italiana e francese)",

MAZZAMUTO, S. (A cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Jovene Editore, Napoli, 1989

ESCUSOL BARRA, E., *La incongruencia de la sentencia. Su análisis como motivo de casación en la jurisdicción civil y en la contencioso-administrativa*, Edit. Colex, Madrid, 1998

ESMEIN, P., *Obligations*, en PLANIOL, M.-RIPERT, G., *Traité pratique de droit civil français*, Tomo VI-1º, Edit. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1930

ETXEBERRÍA GURIDI, J.F., *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003

FERRANDIS GONZÁLEZ, S., SELAS COLORADO, A. y ABAD REVENGA, J., *Comentarios a la Ley de Marcas*, Edit. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Barcelona, 2002

FERRI, G. (Jr.), "Danno extracontrattuale e valori di mercato", *Riv. Dir. Comm.*, 1992

FISCHER, H.A., *Los daños civiles y su reparación* (Traducción española con concordancias y un Apéndice sobre el Derecho español por W. ROCES), Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1928

FRANÇOIS TERRÉ e YVES LEQUETTE, *Observations a la sentencia de la Chambre Civile de la Cour de Cassation de 13 de febrero de 1923 (nº, 104) en HENRI CAPITANT, Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Editions Dalloz, Paris, 9ª edición, 1991

FRANZONI, M., *Il danno al patrimonio*, Giuffrè Editore, Milano, 1996

FREITAS RANGEL, R.M., *A reparação judicial dos danos na responsabilidade civil (Um olhar sobre a jurisprudência)*, 2ª ed., Edit. Almedina, Coimbra, 2004

FUENTESECA, M., *El delito civil en Roma y en el Derecho español*, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 1997

GALERA RODRIGO, S., "Sentencias civiles de condena sobre actividades autorizadas por la administración", *Revista del Poder Judicial*, nº 69, 2003

GALGANO, F., *Diritto civile e commerciale*, Vol. II, Tomo 2, Edit. CEDAM, 2ª ed., Padova, 1993

– "Le mobili frontiere del danno ingiusto", *Contratto e impresa*, 1985-1

GALLO, P., *Pene private e responsabilità civile*, Giuffrè Editore, Milano, 1996

GALVÃO TELLES, I., *Manual de Direito das Obrigações*, Tomo I, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1965

GARBERÍ LLOBREGAT, J., "Comentario al art. 219", en AA.VV., *Los procesos civiles (Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, con formularios y jurisprudencia)*, Tomo 2, Edit. Bosch, Barcelona, 2001

GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del CC español*, Zaragoza, 1974

GARCÍA LÓPEZ, R., en *Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1990

GARCÍA SERRANO, F., "El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil", *ADC*, 1972

GAYOSO ARIAS, R., "La reparación del llamado daño moral en el Derecho natural y en el positivo", *RDP*, 1918

GÁZQUEZ SERRANO, L., *La indemnización por causa de muerte*, Edit. Dykinson, Madrid, 2000

GENTILE, G., voz «Danno alla persona», *Enc. Dir.*, Tomo XI, Giuffrè Editore, Milano, 1962

GIANNINI, G., *Il risarcimento del danno alla persona (nella giurisprudenza)*, Giuffrè Editore, Milano, 1991

GIANNINI, G. y POGLIANI, M., *Il danno da illecito civile*, Giuffrè Editore, Milano, 1997

GIMENO-BAYÓN COBOS, R. (Coord.), *Derecho de marcas. Estudios sobre la nueva Ley 17/2001, de 7 de diciembre*, Edit. Bosch, Barcelona, 2003

GOMES DA SILVA, M., *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Lisboa, 1944

GÓMEZ ORBANEJA, E., “La acción civil de delito”, *RDP*, 1949

GÓMEZ POMAR, F., “Daño moral”, *InDret* 1/00

- “Hacer pagar al mensajero. Comentario a la STS, 1ª, 28-1-2002”, *InDret*, 1/2003
- “Pleitos tengas: pérdida de un litigio, responsabilidad del abogado y daño moral. Comentario a la STS, 1ª, 8-4-2003”, *InDret*, 3/2003

GROCIO, H., *Del Derecho de la guerra y de la paz* (Versión directa del original latino por JAIME TORRUBIANO RIPOLL), Tomo III, Edit. Reus, Madrid, 1925

GRUNSKY, W., “La pena privata nel Diritto tedesco”, en AA.VV., *Le pene private* (A cura di F.D. BUSNELLI e G. SCALFI), Giuffrè Editore, Milano, 1985

GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “La superación del empobrecimiento de la víctima como medida indemnizatoria frente a la responsabilidad extracontractual”, *RDP*, diciembre 1991

HEDEMANN, J.W., *Tratado de Derecho Civil*, Vol. III, *Derecho de obligaciones* (Traducción española por JAIME SANTOS BRIZ), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958

HENAO, J.C., *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998

IGARTUA ARREGUI, F., "La protección del honor y la intimidad (Comentario a la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1986)", *PJ*, 1987, nº 5

IGLESIAS REDONDO, J.I., en "Algunas reflexiones sobre la nueva Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor", *Actualidad Civil Aranzadi*, 1996-4

IHERING, R., *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo* (Traducción española por ENRIQUE PRÍNCIPE Y SATORRES), Edit. Comares, Granada, 1998

INFANTE RUIZ, F.J., "La reforma del Derecho de daños en Alemania", *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 11, 2003

JOURDAIN, P., *Les principes de la responsabilité civile*, Edit. Dalloz-Sirey, Paris, 1992

KAYSER, M.P., "L'astreinte judiciaire et la responsabilité civile", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1953

LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, Vol. Primero, Edit. Dykinson, Madrid, 1999

– *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, Vol. Segundo, Edit. Dykinson, Madrid, 1999

LAMBERT-FAIVRE, Y., *Le droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Edit. Dalloz, París, 1990

LARENZ, K., *Derecho de Obligaciones* (Traducción española por JAIME SANTOS BRIZ), Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959

LE TOURNEAU, P., *La responsabilité civile*, 3ª ed., Edit. Dalloz, Paris, 1982

LEITE DE CAMPOS, D., "A indemnização do dano da morte", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1974

– "A vida, a morte e a sua indemnização", *Boletim do Ministerio da Iustiza*, nº 365, abril 1987

LIBERTINI, M., "Le nuove frontiere del danno risarcibile", *Contratto e impresa*, 1987-1

LOBATO, M., *Comentario a la Ley 17/2001, de Marcas*, Edit. Civitas, Madrid, 2002

LÓPEZ JACOISTE, J.J., "Reflexión sobre las indemnizaciones por causar la muerte", en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Prof. Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Vol. 2º, José Mª Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1993

LUNA YERGA, A., PIÑEIRO SALGUERO, J., RAMOS GONZÁLEZ, S. y RUBÍ I PUIG, A., "Reparación *in natura* y por equivalente: opciones de la víctima en el derecho español", *InDret*, 2/2002

MANDRIOLI, D., "Risarcimento del danno in forma specifica", *Riv. Dir. Comm.*, 1922, I

MARELLA, M.R., "Onerosità del risarcimento in forma specifica", *Giurisprudenza Italiana*, 1994-I

MARTÍN CASALS, M., "Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982", en *Centenario del Código Civil*, Tomo II, Edit. Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1990

MARTÍN VILLA, P. y BLANCO, M.D., "Sobre la transmisibilidad de las obligaciones «ex quasi delicto»", *RDP*, julio-agosto, 1992

MAZEAUD, H., L. y J., *Lecciones de Derecho Civil*, Parte Segunda, Vol. II, *La responsabilidad civil. Los cuasicontratos* (Traducción española de LUIS ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960

MAZEAUD, H., L. y J. y CHABAS, F., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Tomo III, Vol. 1º, 6ª ed., Éditions Montchrestien, París, 1978

MEDINA ALCOZ, M., *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, Edit. Dykinson, Madrid, 2003

MEDINA CRESPO, M., *La valoración civil del daño corporal. Bases para un tratado*, Tomo IV (*El fallecimiento*), Edit. Dykinson, Madrid, 2000

— *La valoración civil del daño corporal. Bases para un tratado*, Tomo I (*Los fundamentos*), Edit. Dykinson, Madrid, 1999

MENEZES LEITÃO, L.M.T., *Direito das Obrigações*, Vol. I, 3ª ed., Edit. Almedina, Coimbra, 2003

MOISSET DE ESPANES, L., "Reflexiones sobre el «daño actual» y el «daño futuro», con relación al «daño emergente» y al «lucro cesante»", *RGLJ*, 1975

MONTEL, A., "La legittimazione attiva nell'azione di risarcimento per la morte di una persona", *Temi Emiliana*, 1930, II

— *Problemi della responsabilità civile e del danno*, 2ª ed., Cedam, Padova, 1971 .

MORENO MOCHOLI, M., "Los herederos de la víctima", *RGD*, julio-diciembre 1965

MOSCATI, E., voz «Pena (Diritto privato)», en *Enc. Dir.*, Tomo XXXII, Giuffrè Editore, Milano, 1982

MOTA PINTO, C.A., *Teoria geral do Direito civil*, 3ª ed., Coimbra Editora, 1985

NAVARRETTA, E., *Diritto inviolabili e risarcimento del danno*, G.Giappichelli Editore, Torino, 1996

NEVES PEREIRA, M.S.D., *Introdução ao Direito e às obrigações*, Edit. Almedina, Coimbra, 1992

OCHOA OLVERA, S., *La demanda por daño moral*, Publicaciones Mundonuevo, México D.F., 1991

PACE, A., "El derecho a la propia imagen en la sociedad de los *mass media*", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 52, 1998

PANTALEÓN PRIETO, F., voz «Daño (D.º Civil)», *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. II, Edit. Civitas, Madrid, 1995

- "Comentario al art. 1902 CC", en *Comentario del Código Civil*, Vol. II, Ministerio de Justicia, 1991
- "Diálogo sobre la indemnización por causa de muerte", *ADC*, 1983
- "La indemnización por causa de lesiones o de muerte", *ADC*, 1989
- "Indemnizaciones tasadas, subvenciones indirectas: la valoración de los daños personales en el Proyecto de Ley de Supervisión de los Seguros Privados", *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, junio 1995.
- "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las Administraciones Públicas)", en MORENO MARTÍNEZ, J.A. (Coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Edit. Dykinson, Madrid, 2000

- “El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate), ADC, 1991

PENA LÓPEZ, J.M., *La acción subrogatoria. Finalidad y consideración de su naturaleza como aspecto de un derecho real de garantía (Valoración crítica de la moderna doctrina italiana)*, Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Extremadura, Salamanca, 1977

- «Prólogo» a *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, de J.M. BUSTO LAGO, Edit. Tecnos, Madrid, 1998
- “La historicidad del Derecho Civil”, *Actualidad y Derecho*, nº 48, 1995
- «Prólogo» a *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, de F. PEÑA LÓPEZ, Edit. Comares, 2002

PEÑA LÓPEZ, F., *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Edit. Comares, Granada, 2002

PEREIRA COELHO, F.M., *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1955

PESSOA JORGE, F., *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Livraria Almedina, Coimbra, 1995

PINTO MONTEIRO, A., “Sobre a reparação dos danos morais”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, nº 1, 1992

PINTOS AGER, J., *Baremos, seguros y Derecho de daños*, Edit. Civitas, Madrid, 2000

- “Causación de un daño y obtención de un beneficio: la STC, 2ª, 115/2000, de 5 de mayo, y sus secuelas. En particular, la STS, 1ª, de 5 de noviembre de 2001”, en SALVADOR CODERCH, P. y GÓMEZ POMAR, F. (Editores), *Libertad de expresión y conflicto institucional*, Edit. Civitas, Madrid, 2002

PLANIOL, M., en *Traité élémentaire de Droit Civil*, Tomo II, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1949

POLETTI, D., "L'art. 2059 CC: Sanzione civile punitiva?", en AA.VV., *Le pene private* (A cura di F.D. BUSNELLI e G. SCALFI), Giuffrè Editore, Milano, 1985

POTHIER, R.J., *Tratado de las obligaciones*, Edit. Heliasta, Buenos Aires, 1993 (traducción de la edición francesa de 1824 dirigida por M. Dupin)

PROTO PISANI, A., "Brevi noti in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria", *Foro italiano*, 1983-V

PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. III, Bosch Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1983

RAVAZZONI, A., *La riparazione del danno non patrimoniale*, Giuffrè Editore, Milano, 1962

REGLERO CAMPOS, F., *Accidentes de circulación: responsabilidad civil y seguro* (prólogo de RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Edit. Ces, Madrid, 1990

- "Comentario a la STS de 26 de marzo de 1997", *CCJC*, nº 44
- "Conceptos generales y elementos de delimitación", en REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, 2ª ed., Edit. Aranzadi, Navarra, 2003
- "Responsabilidad civil por daños a la propiedad industrial", en REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2003

RIBELLES ARELLANO, J.M., "Comentario al art. 219", en AA.VV., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo I, Iurgium Editores y Atelier Editorial, Barcelona, 2000

ROCA TRÍAS, E., *Derecho de Daños, Textos y materiales*, 3ª ed., Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000

ROCES, W., "Breves acotaciones sobre el régimen de reparación de daños en el Derecho español" (Apéndice a la traducción española de *Los daños civiles y su reparación*, de H.A. FISCHER), Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1928

RODOTÀ, S., "Modelli e funzioni della responsabilità civile", *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1984

RODRÍGUEZ MOURULLO, G., "Comentario del art. 15 de la Constitución Española de 1978", en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984

ROGEL VIDE, C., *La responsabilidad civil extracontractual. Introducción al estudio jurisprudencial*, Edit. Civitas, Madrid, 1977

ROGERS, W.V.H., *Winfield and Jolowicz on tort*, Fourteenth Edition, Edit. Sweet & Maxwell, London, 1994

ROJO AJURIA, L., "La tutela civil del Derecho a la intimidad", *ADC*, 1986-I

ROSSETTI, M., "Il danno da perdita di chance", *Rivista Giuridica della Circolazione e dei Trasporti*, 2000-II

ROVIRÀ SUEIRO, M.E., *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Edit. Cedecs, Barcelona, 1999

RUI DE ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1983

SAINZ MORENO, F., "Transmisión hereditaria de la indemnización por daños morales (Sobre la reforma del párrafo 847 del Código Civil alemán y la situación en el Derecho español)", en *RAP*, nº 124, 1991

SALAS CARCELLER, A., en ALONSO ESPINOSA, F.J. (Coord.), *El nuevo Derecho de marcas (Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas)*, Edit. Comares, Granada, 2002

SALVADOR CODERCH, P., "Punitive damages", *InDret*, 1/2000

- "Comentario a la STS de 26 de julio de 1985", *CCJC*, nº 9, septiembre-diciembre 1985

SALVADOR CODERCH, P. y CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *Prevenir y castigar*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1997

SALVI, C., *Il danno extracontrattuale, modelli e funzioni*, Jovene Editore Napoli, Napoli, 1985

- "Risarcimento del danno extracontrattuale e «pena privata»", en A.A.VV., *Le pene private (A cura di F.D. BUSNELLI e G. SCALFI)*, Giuffrè Editore, Milano, 1985
- SALVI, C., "Il risarcimento del danno in forma specifica", en MAZZAMUTO, S. (A cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Jovene Editore, Napoli, 1989
- "Il paradosso della responsabilità civile", *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1983

SÁNCHEZ ARISTI, R., "Comentario del art. 1107", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, Edit. Aranzadi, Navarra, 2001

SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil, Derecho sustantivo y Derecho procesal*, 7ª ed., Edit. Montecorvo, Madrid, 1993

- "Comentario del art. 1106", SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (Coord), *Comentario del Código Civil*, Edit. Bosch, Barcelona, 2000

SCOGNAMIGLIO, R., "Appunti sulla nozione di danno", *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1969

- voz «Risarcimento del danno», *Nov. Dig. It.*, Tomo XVI, Edit. UTET, Torino, 1969

- "Il danno morale", *Riv. Dir. Civ.*, 1957
- voz «Danno morale», *Nov. Dig. It.*, Tomo V, Edit. UTET, Torino, 1964
- "Il risarcimento del danno in forma specifica", *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1957

SEOANE SPIEGELBERG, J.L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones Generales y Presunciones*, Edit. Aranzadi, Navarra, 2002

SOTO NIETO, F., "Indemnización por daños morales", *Derecho Vivo*, Tomo I, Madrid, 1970

SOUCHON, C., "Le dommage", en RODIÈRE, R. (Dir.), *La responsabilité délictuelle dans la jurisprudence*, Librairies Techniques, Paris, 1978

STANTON, K.M., *The modern law of tort*, Edit. Sweet & Maxwell, London, 1994

STEFANI, D., *Il risarcimento del danno da uccisione*, 2ª ed., Giuffrè Editore, Milano, 1994

STIGLITZ, G.A. y ECHEVESTI, C.A., "¿???" (Título capítulo), en MOSSET ITURRASPE, J. (dir.), *Responsabilidad civil*, Edit. Hamurabi, Buenos Aires, 1992

TAPIA FERNÁNDEZ, I., "Comentario al art. 219", en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Vol. I, Aranzadi Editorial, Navarra, 2001

TASENDE CALVO, J.J., "Sistema legal de valoración de los daños personales. Aspectos constitucionales. Baremo y seguro obligatorio", *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, septiembre 1997

TEDESCHI, G., "Il danno e il momento della sua determinazione", *Riv. Dir. Priv.*, 1933, I

TRIMARCHI, P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè Editore, Milano, 1961

TUNC, A., "La pena privata nel Diritto francese", en AA.VV., *Le pene private (A cura di F.D. BUSNELLI e G. SCALFI)*, Giuffrè Editore, Milano, 1985

VATTIER FUENZALIDA, C. "Los daños de familiares y terceros por la muerte o lesiones de una persona", *Centenario del Código Civil*, Tomo I, Madrid, 1990

VAZ SERRA, A., "Reparação do dano não patrimonial", *Boletim do Ministerio da Iustiza*, nº 83, 1959

– Obrigação de indemnização", *Boletim do Ministerio da Iustiza*, nº 84, 1959

VÁZQUEZ FERREYRA, R.A., *Responsabilidad por daños (Elementos)*, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1993

VENDITTI, A., "Caratteri della reintegrazione in forma specifica", *Giustizia civile*, I, 1959

VERGA, A., "In tema di risarcimento del danno in forma specifica", *Riv. Dir. Priv.*, 1940-I

VICENTE DOMINGO, E., *Los daños corporales: tipología y valoración*, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1994

– "El daño", en REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2003

VINEY, G. y JOURDAIN, P. *Traité de Droit Civil. Les conditions de la responsabilité*, 2ª ed., L.G.D.J., Paris, 1998

– *Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, 2ª ed., L.G.D.J., Paris, 2001

VISINTINI, G., "Il danno ingiusto", *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1987-1

VISINTINI, G. y PINORI, A., "Danno e tecniche risarcitorie", en G. VISINTINI (A cura di), *Il risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Giuffrè Editore, Milano, 1999

VON THUR, A., *Tratado de las Obligaciones* (Traducción española y concordancias por W. ROCES), Tomo I, Edit. Reus, Madrid, 1934

WINDSCHEID, B., *Diritto delle Pandette* (Traducción italiana por FADDA Y Bensa), Torino, 1930

YÁÑEZ DE ANDRÉS, A., "Responsabilidad e indemnización. Tres niveles de exigencia y reparación", *RGD*, nº 670-671, julio-agosto 2000

YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Edit. Dykinson, Madrid, 2001

- *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*(Responsabilidad civil, tutela del derecho de crédito, aspectos de Derecho de Familia y otros extremos), Edit. Dykinson, S.L., Madrid, 1997
- "La responsabilidad civil ante el nuevo milenio: algunas preguntas para el debate", en DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al Profesor Roberto López Cabana*, Edit. Ciudad Argentina-Dykinson, Madrid, 2001
- *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Vol. I, Edit. Reus, Madrid, 1993
- "Comentario del art. 1107 del Código Civil", *Estudios de Derecho civil en homenaje al Prof. Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Vol. Primero, Edit. Bosch, Barcelona, 1992

ZANNONI, E.A., *El daño en la responsabilidad civil*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1987

ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., *Resarcimiento de daños*, Vol. 2a (Daños a las personas [Integridad sico-física]), 2ª ed., Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 1991

ZENO-ZENCOVICH, V., "Il danno per la perdita della possibilità di una utilità futura", *Riv. Dir. Comm.*, 1986, II

368-